Höchstbetragshypothek und Eigentümerpfandrecht.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der juristischen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg
vorgelegt von

Heinz Schmidt,
Gerichtsreferendar in Kassel.

Quakenbrück 1927
Buchdruckerei C. Trute.

Berichterstatter: Geh. Justizrat Professor Dr. Franz Leonhard.
Von der Juristischen Fakultät als Dissertation angenommen am 31. 5. 1927.

Inhaltsübersicht.

Schrifttum.

Achilles-Greiff, Bürgerliches Gesetzbuch XI. Aufl. 1923.
Ahsbahs, Zur Auslegung der §§ 1163, 1190 BGB. in Jherings J. 50, 373 ff.
Beck, Die Maximal-Eigentümerhypothek des BGB. 1910.
Bergk, Uebertragung und Pfändung künftiger Rechte. Hallenser Dissertation 1912.
Biermann, Sachenrecht III. Aufl. 1914.
Böhm, Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht 1898.
Bollenbeck, Verwertung der Höchstbetragshypothek in ZDNotV. 1915 S. 3 ff.
Bruck, Die Eigentümerhypothek. Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß. Bd. 10, 1903.
du Chesne, Das Recht des eine Höchsthypothek bestellenden Eigentümers in DJZ. 05, 803 f.
Cosack und Mitteis, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts VII/VIII Aufl. 1924.
Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts 1905.
Degenhardt, Das Eigentümerpfandrecht bei der Höchstbetragshypothek des BGB. Marburger Dissertation 1924.
Dernburg, Pandekten V. Aufl. 1896.
Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts IV. Aufl. 1884.
Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römisches Rechts 1860.
Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. III. Aufl. 1904.
Eccius, Zur Frage der Abtretung künftiger Forderungen in DJZ. 04, 53 ff.
Eccius, Wesen der Verfügung des BGB. in Gruchots Beitr. 48, 465 ff.
Eccius, Abtretung künftiger Forderungen in Gruchots Beitr. 53, 1 ff.
Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des BGB. I. u. II. Aufl. 1904.
Eichler, Hypotheken für künftige und aufschiebend bedingte Forderungen. Leipziger Dissertation 1913.

Endemann, Friedrich, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts VIII/IX Aufl. 1905.

Endemann, Wilhelm, Der Kredit als Gegenstand der Rechtsgeschäfte in Zeitschr. für Handelsrecht 4, 191 ff.

Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I, 1 Allg. Teil XXII/XXIV Aufl. 1924; Bd. I, 2. Recht der Schuldverhältnisse XVIII/XXII Aufl. 1923.

Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin 1889.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RG.).

Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts. Zusammengestellt im Reichsjustizamt (RJA.).

Entscheidungen des Preußischen Obertribunals.

Entwurf I des BGB. Amtl. Ausg. 1888.

Entwurf eines BGB. II. Lesung 1895.

Exner, Oesterreichisches Hypothekenrecht 1876/81.

Fuchs, Grundbuchrecht. Kommentar I. Band 1902; Fuchs und Arnheim II. Band 1908.

Gierke, Deutsches Privatrecht 1905.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch II. Band 1912

Grünhut, Das Recht des Kontokorrentverkehrs in Grünhuts Z. 3, 473 ff.

Güthe-Triebel, Die Grundbuchordnung IV. Aufl. 1923.

Güthe, Die künftige Eigentümerhypothek in ZDNotV. 1906, 729 ff.

Güthe, Die Fassung des Pfändungsbeschlusses im Falle der Pfändung einer Eigentümerhypothek in Seuff. Bl. 76, 611 ff.

Hachenburg, Beiträge zum Hypotheken- und Grundschuldrecht des Entwurfs eines Bürg. Gesetzbuchs 1895.

Hachenburg, Das BGB. für das Deutsche Reich. Vorträge II. Aufl. 1900.

Hartmann, Rechte an eigener Sache in Jherings J. 17, 69 ff.

Hellwig, Grenzen der Rückwirkung in Festschrift für die Jurist. Fakultät in Gießen zum Universitäts-Jubiläum (1907) S. 25 ff.

Herold, Die beiden Unterarten der Eigentümerhypothek und das Wesen der Sicherungshypotheken in ZBFG. 4, 695 ff.

Herold, Die Eigentümergrundschuld bei der Buchhypothek und den Sicherungshypotheken in ZBFG. 10, 177 ff.

Hirsch, Die vorläufige Eigentümerhypothek in Arch. Bürg. R. 25, 222 ff.

Hirschfeld, Beiträge zum Pfandrecht am eigenen Grundstück 1914.

Horn, Die Eigentümerhypothek. 19. Heft der Studien zur Erläuterung des bürg. Rechts, herausgeg. v. Rud. Leonhard 1906.
Huth, Die Umwandlung und Teilung der Höchsthypothek in ZDNotV. 1911, S. 359 ff.
Jaeckel-Güthe, Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. Kommentar. IV. Aufl. 1912.
Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung V. Aufl. 1916.
Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts (KGJ.).
Jhering, Passive Wirkungen der Rechte in Jherings J. 10, 387 ff.
Kindel, Betrachtungen über die Eigentümerhypothek in Festgabe für Koch 1903, S. 75 ff.
Kommentar zum BGB. von Reichsgerichtsräten V. Aufl. 1923.
Kretzschmar, Einführung in das Grundbuchrecht 1902.
Kretzschmar, Sachenrecht 1906.
Kretzschmar, Ein Beitrag zur Lehre von der Eigentümerhypothek in ZBFG. 4, 195 ff.
Kretzschmar, Besprechung der Dissertation von Eichler in ZBFG. 14, 603.
Kretzschmar, Die Höchstbetragshypothek bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks und im Konkurse des Bestellers in ZBFG. 15, 37 ff.
Lafrenz, Die Behandlung der Sicherungshypotheken in der Zwangsversteigerung in Gruchots Beitr. 46, 335 ff.
Lange, Die Eigentümerhypothek nach dem BGB. Tübinger Dissertation 1901.
Lazarus, Die Pfändung und Ueberweisung von Hypotheken und Grundschulden 1914.
Lenhard, Die Eigentumsaufgabe von Grundstücken, die Eigentümerhypothek, ihr Verhältnis zueinander, in Arch. Bürg. R. 35, 369 ff.
Leonhard, Bürgerliches Recht. Ein Lehrbuch in kurzen Sätzen 1923.
Leonhard, Die Beweislast II. Aufl. 1926.
Mayer, Die Pfändung von Eigentümerhypotheken in Gruchots Beitr. 56, 265 ff, 521 ff.
von Meibom, Mecklenburgisches Hypothekenrecht 1871.
Meisner, Das BGB. für das Deutsche Reich. Kommentar 1901.
Motive zu dem Entwurf eines Bürg. Gesetzbuchs 1888.
Müller-Meikel, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches. II. Aufl. 1904.
Neumann, Handausgabe des BGB. V. Aufl. 1909.
Oberneck, Reichsgrundbuchrecht IV. Aufl. 1909.
Oberneck, Die Eigentümerhypothek im Lichte der Praxis in Gruchots Beitr. 47, 306 ff.

Oberneck, Die Pfändung der Eigentümerhypothek in Gruchots Beitr. 50, 551 ff.

Oertel, Die Maximalhypothek im Deutschen Bürg. Recht. Leipziger Dissertation 1908.

Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch. Allg. Teil. Kommentar III. Aufl. 1927.

Planck, Kommentar zum BGB. IV. Aufl. 1913/25.

Predari, Die Grundbuchordnung vom 24. 3. 1897. 1907.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB. 1899.

Rathenau, Der Uebergang der Kautionshypothek nach BGB. § 1190 in Arch. Bürg. R. 17, 192 ff.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte herausgeg. von Mugdan und Falkmann (OLG.).

Regelsberger, Das Bayerische Hypothekenrecht 1874.

Reinhard, Streifzüge ins Gebiet des ZVG. in ZVFG. 4, 461 ff.

Reinhard, Ueber die Behandlung der Maximalhypothek bei der Verteilung des Zwangsversteigerungserlöses in Recht 02, 31 ff.

Reinhard, Die Höchstbetragshypothek in der Zwangsversteigerung in Recht 1918, 217 ff, 357 ff.

Roettgen, Zwei grundbuchrechtliche Fragen 1914.

Schreiber, Schuld und Haftung 1914.

Schroeder, Zur Lehre von der Eigentümerhypothek in ZVFG. 7, 472 ff.

Seuffert, Kommentar zur ZPO. XI. Aufl. 1911.

Staudinger,-Kober, Sachenrecht IX. Aufl. 1926.

Stein--Jonas, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Kommentar II. Band XII und XIII. Aufl. 1926.

Sternberg, Die Hypothek füe eine künftige oder eine bedingte Forderung in Iherings J. 62, 377 ff.

Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts II. Aufl. 1883.

Süß, Abtretung künftiger Ansprüche 1910.

von Tuhr, Der Allg. Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts 1910/18.

Turnau, Die Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872 IV. Aufl. 1888.

Turnau-Foerster, Das Liegenschaftsrecht III. Aufl. 1906.

Vangerow, Lehrbuch der Pandekten V. Aufl. 1865.

Werner, Das Eigentümerpfandrecht bei der Höchstbetragshypothek. Breslauer Dissertation 1909.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts VIII. Aufl. 1900.

Wolff, Sachenrecht XV / XVII. Aufl. 1923.

Die verwendeten Abkürzungen entsprechen den vom 27. Deutschen Juristentag vorgeschlagenen.

I. Das Eigentümerpfandrecht.

§ 1. Geschichte.

Wenn in der vorliegenden Arbeit die Gestaltung des Eigentümerpfandrechts bei der Höchstbetragshypothek betrachtet werden soll, so scheint es mir für das Verständnis wesentlich zu sein, zunächst auf die Begriffe des Eigentümerpfandrechts und der Höchstbetragshypothek einzugehen. Es kann natürlich nicht meine Aufgabe sein, Geschichte und Wesen dieser beiden zum Teil äußerst umstrittenen Rechtsinstitute erschöpfend zu behandeln. Ich werde vielmehr Entwicklung und geltendes Recht nur in großen Zügen darlegen können.

A. Ob es im römischen Recht ein Eigentümerpfandrecht gegeben hat, darüber gehen die Ansichten auseinander. Der Möglichkeit eines Pfandrechts an eigener Sache scheinen grundlegende Sätze entgegenzustehen. Zunächst der Satz, daß das Eigentum die größtmögliche Herrschaft einer Person über eine Sache ist und deshalb neben ihm beschränkte Rechte an derselben Sache nicht denkbar sind. Außerdem dient das Pfandrecht zur Sicherung einer Forderung; für den Fall, daß der Gläubiger von seinem Schuldner Befriedigung nicht erlangen kann, ist er berechtigt, sich durch Verkauf der Pfandsache zu befriedigen. Eine eigene Sache kann diesen Zweck nicht erfüllen. Im übrigen ist auch der Grundsatz der Akzessorietät der Hypothek im römischen Recht streng durchgeführt. Da der Eigentümer nicht eine Forderung gegen sich selbst haben kann, diese vielmehr bei Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit in einer Person erlischt, so muß auch das Pfandrecht in diesem Falle untergehen. Aus diesen Sätzen ergibt sich scheinbar, daß ein Pfandrecht an eigener Sache nicht möglich ist.[1])

Der Untergang des Pfandrechts im Falle der Konfusion erscheint unbedenklich, solange an der Sache nur ein Pfandrecht besteht. Ist die Sache aber mit mehreren Pfandrechten oder anderen dinglichen Rechten belastet, so ergeben sich große Unbilligkeiten. Erwirbt z. B. ein vorgehender Pfandgläubiger das Eigentum an der Pfandsache, so müßte eigentlich das Pfandrecht untergehen. Die Folge wäre, daß die Nachberechtigten von selbst

[1]) Vgl. l 26 Dig. 8, 2: nulli res sua servit; l. 45 Dig. 50, 17: neque pignus rei suae consistere potest.

aufrückten; das würde für den Pfandgläubiger-Eigentümer einen ungerechtfertigten Nachteil bedeuten, in dem ihm die Pfandstelle verloren ginge. Andererseits würden die Nachberechtigten, die mit einem Vorrücken garnicht rechneten und rechnen konnten, einen unbilligen Vorteil erlangen. Um dieses Ergebnis zu vermeiden, bestimmen einige Quellenstellen, daß unter gewissen Voraussetzungen aequitatis causa das Pfandrecht trotz Vereinigung mit dem Eigentum nicht untergehen soll.[2]) Obgleich über die Auslegung der Stellen keineswegs Einstimmigkeit herrscht, so lassen sich doch drei Fälle feststellen, in denen ein Pfandrecht an eigener Sache anerkannt zu sein scheint.

1. Der vorgehende Pfandgläubiger erwirbt das Eigentum an der ihm verpfändeten Sache, indem diese ihm vom Pfandschuldner in solutum gegeben oder verkauft wird.

2. Der Eigentümer befriedigt den vorgehenden Pfandgläubiger, der sein Recht geltend macht, und dieser zediert ihm Forderung und Pfandrecht.

3. Ein Dritter erwirbt gleichzeitig Eigentum und Pfandrecht, indem er die mehrfach belastete Sache von dem Eigentümer unter der Bedingung kauft, daß mit dem Kaufpreis der vorgehende Pfandgläubiger abgefunden wird. In diesem Falle rückt der Käufer in die Stellung des abgefundenen Gläubigers ein.

Die Frage, ob es sich in den Quellenstellen wirklich um ein Pfandrecht an eigener Sache handelt, ist in der gemeinrechtlichen Wissenschaft streitig gewesen. Die Annahme eines solchen Rechts erscheint angesichts der oben angeführten Grundsätze auch undenkbar. Dernburg[3]) geht von dem Satz aus, daß ein Pfandrecht an eigener Sache unmöglich sei, und leugnet infolgedessen in den angeführten Fällen das Bestehen eines wirklichen Pfandrechtes in der Hand des Eigentümers. Die Hauptwirkungen des Pfandrechts seien geschwunden und der Zweck, der das Institut charakterisiere, sei nicht mehr zu verwirklichen; nur „das äußere Gerüst“ sei zu anderen Zwecken beibehalten. Deshalb meint Dernburg, es handele sich nicht um ein „Pfandrecht in seinen negativen Befugnissen“, vielmehr um „Eigentumsrecht mit besonderen Berechtigungen“.

Demgegenüber wird aber vielfach die Ansicht vertreten, daß ein wirkliches Pfandrecht vorliege. Welchen Inhalt dieses Pfandrecht hat, darüber gehen die Meinungen wieder auseinander. Am weitesten geht Hartmann,[4]) der dem Eigentümer-Pfandgläubiger neben der Befugnis, Nachberechtigte am Aufrücken zu verhindern und das Pfandrecht mit rechtlicher Wirksamkeit weiterzubegeben, auch die Verkaufsbefugnis zugestehen will. Diese sei nicht

---

[2]) Vgl. l. 30 § 1 Dig. 44, 2; l. 1 C. 8, 19; l. 19 Dig. 20, 4; l. 17 Dig. 20, 4; l. 3 § 1 Dig. 20, 5; l. 3 C. 8, 18.

[3]) Pandekten I S. 715 f.; Pfandrecht II S. 570 ff.

[4]) In Iherings J. 17, 112 ff.

ohne Bedeutung, wenn auch der Eigentümer als solcher die Sache schon verkaufen könne; denn nur, wenn er in seiner Eigenschaft als Pfandgläubiger verkaufe, könne er die nachstehenden Rechte zum Erlöschen bringen. Auf diese Weise könne er natürlich einen höheren Preis für die Pfandsache erzielen. Diese Ansicht dürfte wohl über das Ziel hinausschießen. Der Eigentümer-Pfandgläubiger soll nur gegen unbillige Nachteile geschützt werden; hätte er auch die Verkaufsbefugnis des Pfandgläubigers, so würde diese ihm auf Kosten der Nachberechtigten, die auf die hyperocha angewiesen wären, einen ungerechtfertigten Vorteil verschaffen. Da die Quellen hierüber nichts aussagen, erscheint es bedenklich, dem Eigentümer die Verkaufsbefugnis zuzusprechen.[5] Man wird ihn vielmehr auf die übrigen Rechte eines Pfandgläubigers beschränken müssen.

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich, daß schon im römischen Recht das Bedürfnis erkannt wurde, von dem Grundsatz des Aufrückens der Nachberechtigten für den Fall mehrfacher Belastung Ausnahmen zu machen. Es finden sich Ansätze einer Rechtsgestaltung, die sich als Rechte an der eigenen Sache denken lassen. Ueber diese ersten Ansätze ist die Entwicklung im römischen Recht allerdings nicht hinausgekommen.

B. Der Ursprung des heutigen Eigentümerpfandrechts ist auch nicht im römischen, sondern im deutschen Recht zu suchen.[6] Von großer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang der Rentenkauf, der sich in den mittelalterlichen Stadtrechten findet. Die Stadtrechte von Lübeck, Bremen und Hamburg, wie auch sächsische und bayerische Rechtsquellen enthalten Vorschriften über das Rentengeschäft, nach denen der Rentengläubiger durch Hingabe einer Geldsumme das Recht auf Zahlung einer wiederkehrenden Rente aus dem Grundstück erwirbt. Nach den ursprünglichen Grundsätzen haftete für die Rente nur das Grundstück, nicht etwa der Eigentümer persönlich. Schutz gegen Wertverringerung des Grundstücks boten die einzelnen Rechte in verschiedener Weise. So wurde z. B. verboten, aus einem Grundstück mehr als eine Rente zu verkaufen. Dies hatte wohl darin seinen Grund, daß der Rentengläubiger, wenn er nicht befriedigt wurde, sich des Grundstücks „unterwinden“ durfte; diese Befugnis konnte man nicht gleichzeitig einem folgenden Rentengläubiger erteilen. Ein großer Teil der Rechtsquellen läßt es aber zu, mehrere Renten aus einem Grundstück zu verkaufen, jedoch nur so weit, als dieses „besser“ war als die kapitalisierten vorgehenden Renten. Es haftete für die zweite Rente also nur der bessere Wertteil des Grundstücks. In diesem Satze erblickt Bruck den Ursprung des Eigentümerpfandrechts.[7] Daraus, daß die Haftung

---

[5]) So auch Windscheid-Kipp I § 248. Anm. 28.

[6]) Vgl. z. Folgenden d. ausführliche Studie von Bruck S. 11 ff. und im Anschluß an sie Oberneck, Reichsgrundbuchrecht II S. 8 ff.

[7]) a. a. O. S. 4.

sich auf einen bestimmten Wertteil, die melioratio, beschränkt, ergibt sich, daß der Rentengläubiger für den Fall des Freiwerdens eines vorhergehenden Wertteils keinen Anspruch auf ein Einrücken in diese Stelle hat. Vielmehr steht der freigewordene Wertteil jetzt dem Eigentümer zur Verfügung.

Die weitere Entwicklung wurde durch die Rezeption des römischen Rechts gehemmt. Die Sätze, daß das ganze Grundstück für jede Hypothek haftet, und daß bei Freiwerden einer Stelle grundsätzlich die Nachberechtigten aufrücken, stehen in schroffstem Gegensatz zu der deutschrechtlichen Anschauung von der Wertteilung des Grundstücks. In den meisten Landesrechten haben die römischrechtlichen Grundsätze die deutschen Rechtsgedanken verdrängt. Ein deutliches Beispiel hierfür ist Bayern. Das alte bayerische Recht enthielt Sätze, die in derselben Entwicklungslinie lagen wie die oben angeführten. Dagegen ist das bayerische Hypothekengesetz von 1822 ganz von römischrechtlichen Anschauungen beherrscht. Die Haftung des ganzen Grundstücks für jede Hypothek und das Prinzip des Aufrückens der Nachberechtigten sind übernommen. Zur Vermeidung von Unbilligkeiten hat der Eigentümer nur das formale Recht, an Stelle einer erloschenen, aber im Hypothekenbuch noch nicht gelöschten Hypothek für einen Dritten — nicht für sich selbst — eine neue Hypothek eintragen zu lassen.[8])

Trotz des großen Einflusses des römischen Rechts haben sich in einzelnen Landesrechten die deutschrechtlichen Gedanken erhalten. So findet sich z. B. im mecklenburgischen Recht die Vorstellung von der Belastung bestimmter Wertteile eines Grundstücks.[9]) Alle mecklenburgischen Hypothekenordnungen enthalten das mit dem Grundsatz der Wertteilung verwandte Prinzip der festen Priorität.[10]) Nachstehende Hypothekengläubiger haben kein Recht auf Befriedigung aus dem Wertteil, der einer vorstehenden erloschenen Hypothek zugewiesen war. An der freigewordenen Stelle kann der Eigentümer einem Dritten eine neue Hypothek eintragen lassen. Nur wenn er dies bis zur Einleitung des Zwangsverkaufs unterläßt oder auf die Eintragung verzichtet, so können nachstehende Hypothekengläubiger Befriedigung aus dem vorgehenden Wertteil erlangen. In den späteren Hypothekenordnungen wird es auch gestattet, daß der Grundeigentümer auf seinen eigenen Namen eine Hypothek an Stelle der erloschenen eintragen läßt. Dies erscheint nach den Grundsätzen, die das mecklenburgische Recht beherrschen, auch durchaus folgerichtig. Ein Recht auf den Erlös beim Zwangsverkauf gewährte die auf den Namen des Eigentümers eingetragene Hypothek nicht; es wird dem Eigentümer nur die Möglichkeit der Verfügung über die feste Stelle gewahrt.

[8]) Vgl. Bruck a. a. O. S. 46.
[9]) Vgl. Bruck a. a. O. S. 36.
[10]) Vgl. von Meibom, Meckl. Hypothekenrecht S. 265 ff.

In seiner heutigen Gestalt ist das Eigentümerpfandrecht nicht aus diesen deutschrechtlichen Rechtsinstituten hervorgegangen. Es hat sich vielmehr im 19. Jahrhundert entwickelt aus dem Hypothekenbuch- bezw. Grundbuchsystem. Auf diese Entwicklung soll noch kurz eingegangen werden an Hand des preußischen Rechts, das für die Rechte der meisten norddeutschen Staaten und auch für die Abfassung des BGB. von maßgeblicher Bedeutung gewesen ist. Das preußische Hypothekenrecht ist vorwiegend von römischrechtlichen Anschauungen beherrscht. Vor allem ist im Allgemeinen Landrecht die Akzessorietät, die z. B. in Mecklenburg fast ganz verschwunden war, streng gewahrt worden (vgl. §§ 1, 8, Teil 1, Titel 20). Ein Eigentümerpfandrecht war dem Allgemeinen Landrecht noch fremd. Erst infolge des wirtschaftlichen Bedürfnisses wurde durch Kgl. Reskript vom 11. 8. 1802 der Anhangsparagraph 52 (hinter § 484, Teil 1, Titel 16) eingefügt, der bestimmte, daß Hypothekenrechte nicht durch bloße Vereinigung ihres Eigentums mit dem Eigentum des verpflichteten Grundstücks in einer Person aufgehoben werden. Vielmehr soll die Löschung einer solchen Hypothek vom Antrage des Besitzers abhängen, auch soll dieser das noch ungelöschte Recht weiter abtreten können. Im weiteren Verlaufe wurde zweifelhaft, ob § 52 auch Anwendung finden solle, wenn der Eigentümer die Forderung bezahlt hat. Diese Zweifel wurden durch eine Deklaration zu § 52 vom 3. 4. 1824 beseitigt, und zwar in dem Sinne, daß auch in diesem Falle das Hypothekenrecht nicht aufgehoben wird.

Fast in der gleichen Weise regelte das Eigentumserwerbsgesetz vom 5. 5. 1872 in seinen §§ 63—67 das Eigentümerpfandrecht. In folgenden Fällen läßt es ein Eigentümerpfandrecht entstehen:

1. Wenn eine Hypothek oder Grundschuld von dem Eigentümer bezahlt oder auf andere Weise getilgt worden ist (§ 63 in Verbindung mit § 64).

2. Wenn der eingetragene Eigentümer eine Hypothek oder Grundschuld von Todeswegen erworben hat (§ 65 mit § 64).

3. Wenn der Gläubiger das verpfändete Grundstück erwirbt. Eine Grundschuld konnte auch für den Eigentümer bestellt werden (§ 27). Besonders interessant für unser Thema ist die Vorschrift des § 67, der die Anwendung der Bestimmungen über das Eigentümerpfandrecht auf die Kautionshypothek ausschließt.

Außerordentlichen Schwierigkeiten begegnete im preußischen Recht die rechtliche Konstruktion der Eigentümerhypothek, da das Allgemeine Landrecht und auch das Eigentumserwerbsgesetz, wie gesagt, im wesentlichen auf römischrechtlichem Standpunkt stand und die Akzessorietät der Hypothek aufrecht erhielt.[11] Mit diesem Grundsatz ist die Eigentümerhypothek nicht zu vereinen; denn wenn z. B. der Eigentümer, der gleichzeitig persönlicher Schuldner ist, die Forderung bezahlt, so muß diese nach Obligationenrecht er-

[11] Neben der Hypothek schuf das EEG. in der Grundschuld eine abstrakte Grundstücksbelastung.

löschen und mit ihr die Hypothek, da sie der Forderung akzessorisch ist. Eine Konstruktion des Eigentümerpfandrechts war nur möglich, wenn man entweder das Erlöschen der Forderung oder die Akzessorietät der Hypothek leugnete. Beides ist in der Tat versucht worden. Die herrschende Meinung, vor allem die Praxis [12], wahrte den Grundsatz der Akzessorietät und behauptete, das Forderungsrecht gehe trotz Erfüllung nicht unter. Es ruhe nur während der Vereinigung, lebe aber bei der Trennung wieder auf. Entgegen dieser m. E. unhaltbaren Ansicht hielt Dernburg [13]) an dem Erlöschen der Forderung fest. Er kam daher zu der Folgerung, daß die Akzessorietät nicht mehr gewahrt sei; die Hypothek des Eigentümers nähere sich der Grundschuld.

§ 2. Geltendes Recht.

A. Der erste Entwurf des BGB. fußte ganz auf preußischem Recht. Er ließ ein Eigentümerpfandrecht in denselben Fällen entstehen wie das Eigentumserwerbsgesetz. Dagegen brachte der zweite Entwurf eine sehr erhebliche Umgestaltung. Das Eigentümerpfandrecht wurde in solchem Maß ausgestaltet, daß von einer Akzessorietät der Hypothek im bisher üblichen Sinne keine Rede mehr sein kann. Wir wollen im Folgenden kurz feststellen, wann nach geltendem Recht ein Eigentümerpfandrecht entsteht.

1. § 1163 Abs. 1, Satz 1: „Ist die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt, so steht die Hypothek dem Eigentümer zu.“ Aus welchem Grunde die Forderung nicht entsteht, ist gleichgültig. Sie kann z. B. wegen Wuchers (§ 138 Abs. 2) oder wegen einer Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134) oder infolge wirksamer Anfechtung wegen Irrtums, arglistiger Täuschung oder Drohung (§§ 119, 123, 142 Abs. 1) nichtig sein; oder der Gläubiger zahlt das versprochene Darlehn nicht aus.

2. § 1163 Abs. 1, Satz 2: „Erlischt die Forderung, so erwirbt der Eigentümer die Hypothek.“ Auch hier ist der Grund des Erlöschens ohne Bedeutung. Regelmäßig wird Erfüllung der Grund sein. Aber es ist ebenso denkbar, daß die Forderung durch Erlaß, Aufrechnung oder Konfusion erlischt. Nicht erforderlich ist, daß der Eigentümer selbst das Erlöschen der Forderung herbeiführt. Wenn z. B. der vom Eigentümer verschiedene persönliche Schuldner den Gläubiger befriedigt, so erwirbt gemäß § 1163 Abs. 1, Satz 2 der Eigentümer die Hypothek, soweit nicht der persönliche Schuldner Ersatz von ihm verlangen kann. (Vgl. § 1164).

3. § 1168 Abs. 1: „Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek, so erwirbt sie der Eigentümer.“ Diese Bestimmung wird besonders dann praktisch werden, wenn dem Eigentümer eine zerstör-

[12]) Die Praxis des preußischen Obertribunals seit der Plenarentscheidung vom 27. 5. 1839 (Entsch. 5, 51 ff); später auch das Reichsgericht (RG. 3, 267).

[13]) Preuß. Privatrecht I S. 864.

liche Einrede gegen die Hypothek zusteht, da in diesem Falle der Gläubiger zum Verzicht verpflichtet ist (§ 1169). Dieselbe Wirkung wie beim Verzicht des Gläubigers tritt ein, wenn ein Dritter die Hypothekenschuld mit Einwilligung des Grundstückseigentümers übernimmt (§ 418 Abs. 1, Satz 2 und 3).

4. § 1170: „Ist der Gläubiger unbekannt, so kann er im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte ausgeschlossen werden, wenn seit der letzten sich auf die Hypothek beziehenden Eintragung in das Grundbuch zehn Jahre verstrichen sind und das Recht des Gläubigers nicht innerhalb dieser Frist von dem Eigentümer in einer nach § 208 zur Unterbrechung der Verjährung geeigneten Weise anerkannt worden ist. Mit der Erlassung des Ausschlußurteils erwirbt der Eigentümer die Hypothek."

5. § 1163 Abs. 2: Eine Briefhypothek steht bis zur Uebergabe des Briefes an den Gläubiger dem Eigentümer zu.

6. Nach § 1196 Abs. 1 kann eine Grundschuld auch von vornherein für den Eigentümer bestellt werden, nicht dagegen eine Hypothek.

7. Gemäß § 868 ZPO. wird eine Zwangshypothek vom Eigentümer erworben, wenn durch eine vollstreckbare Entscheidung die zu vollstreckende Entscheidung oder ihre vorläufige Vollstreckbarkeit aufgehoben wird.[1])

Nach allen bisher genannten Bestimmungen entsteht ein Eigentümerpfandrecht, ohne daß dem Eigentümer gleichzeitig eine Forderung zusteht. Es kommt noch ein Fall hinzu, in dem auch die Forderung auf den Eigentümer übergeht.

§ 1143: Wenn der vom persönlichen Schuldner verschiedene Eigentümer den Gläubiger befriedigt, so geht die Forderung auf ihn über und mit ihr die Hypothek (vgl. §§ 1153 Abs. 1, 412, 401). Als ein Unterfall kommt hier noch § 1171 in Betracht: Ist der Gläubiger unbekannt, der Eigentümer zu seiner Befriedigung oder zur Kündigung berechtigt und hinterlegt dann der Eigentümer den Betrag der Forderung für den Gläubiger unter Verzicht auf sein Rücknahmerecht, so kann der Gläubiger im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte ausgeschlossen werden. „Mit der Erlassung des Ausschlußurteils gilt der Gläubiger als befriedigt", und es tritt infolgedessen die Wirkung des § 1143 ein.

Einige Besonderheiten ergeben sich bei der Gesamthypothek. Da unmöglich in den Fällen des § 1163 jeder Eigentümer eine Eigentümergrundschuld in voller Höhe der Gesamthypothek erwerben kann, so bestimmt § 1172 Abs. 1, daß die Gesamthypothek den Eigentümern gemeinschaftlich zustehen soll. Die dem § 1168 entsprechende Vorschrift findet sich in § 1175: „Verzichtet der Gläu-

[1]) § 868 zählt noch einige weitere Möglichkeiten auf, wegen deren auf das Gesetz verwiesen sein soll.

biger auf die Gesamthypothek, so fällt sie den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu. Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek an einem der Grundstück, so erlischt die Hypothek an diesem." Dasselbe gilt im Falle des § 1170.

Befriedigt der Eigentümer eines der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke den Gläubiger, so sind zwei Möglichkeiten zu unterscheiden (vgl. § 1173). Kann er von den Eigentümern der anderen belasteten Grundstücke nicht Ersatz verlangen, so erwirbt er die Hypothek an seinem Grundstück, während sie an den übrigen Grundstücken erlischt. Kann er dagegen von dem Eigentümer eines der anderen Grundstücke Ersatz verlangen, so erwirbt er in Höhe des Ersatzanspruchs auch die Hypothek an diesem Grundstücke; sie bleibt mit der Hypothek an seinem eigenen Grundstücke Gesamthypothek.

B. Nachdem wir festgestellt haben, wann nach dem geltenden Recht ein Eigentümerpfandrecht entsteht, müssen wir uns über die juristische Natur dieses Rechtsgebildes klar werden. Eine ausführliche Behandlung dieses heftig umstrittenen Problems würde weit über den Rahmen dieser Arbeit hinausführen. Wegen der großen Bedeutung der Frage für die späteren Ausführungen erscheint es mir aber erforderlich, wenigstens die Hauptansichten darzustellen und selbst zu einer Stellungnahme zu gelangen.

Wie die Protokolle ergeben,[2]) sind die Verfasser des BGB. sich der Schwierigkeit einer Konstruktion des Eigentümerpfandrechts wohl bewußt gewesen. Sie haben es aber nicht als ihre Aufgabe angesehen, das Problem zu lösen, haben dies vielmehr der Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen. Eine große Schwierigkeit ist gegenüber dem preußischen Recht in Wegfall gekommen, und zwar die Akzessorietät der Hypothek; denn zum mindesten im römischrechtlichen Sinne ist sie im BGB. nicht aufrecht erhalten. Abgesehen davon verwandelt sich die Hypothek mit der Vereinigung von Eigentum und Gläubigerrecht kraft Gesetzes in eine Grundschuld bezw. sie wird als solche behandelt (vgl. § 1177). Trotz dieser scheinbaren Vereinfachung ist der Streit der Meinungen keineswegs in ruhigere Bahnen gelenkt worden. Die Fülle der Ansichten über die Natur des Eigentümerpfandrechts läßt sich im wesentlichen in zwei große Gruppen einteilen.

1. Der ersten Gruppe ist gemeinsam, daß sie das Eigentümerpfandrecht als „Eigentum" bezw. Teil des Eigentums ansieht. Im einzelnen ergeben sich allerdings etwa ebenso viele Verschiedenheiten, wie sich Vertreter der Ansicht gefunden haben. Am folgerichtigsten scheint mir die Meinung von Oberneck[3]) vertreten zu werden. Er geht aus von dem deutschrechtlichen Gedanken des Systems des festen Ranges. Durch Begründung einer Grundkre-

[2]) Protokolle III, 600.

[3]) RGBR. II 13 ff.; bes. 24 ff. Gruchots Beitr. 47, 310 ff.; 50, 553 ff.

ditbelastung wird dem Begünstigten in Gestalt der Belastung des ganzen Grundstücks eine durch den Rang der Eintragung bestimmte Wertquote zu seiner Befriedigung angewiesen. Entfällt der Befriedigungs- oder Sicherungs-Zweck, so haben nach dem Bestellungsvertrag Nachberechtigte keinen Anspruch auf Vorrücken. Vielmehr wird der Eigentümer von seiner bisherigen Beschränkung frei und kann über die betreffende Stelle verfügen. Mit Recht meint Oberneck,[4]) daß man von dem System des festen Ranges ohne weiteres zur Annahme der Wertteilstheorie gelange.[5]) Nach dieser ist die Belastung des ganzen Grundstückes nur ein Bild. In Wirklichkeit hat der Gläubiger nur ein Recht auf einen bestimmten Wertteil, wie man im Zwangsversteigerungsverfahren sieht. Von dieser Grundlage ausgehend, definiert Oberneck das Eigentümerpfandrecht folgendermaßen:[6]) Es ist „das kraft Eigentums zustehende, nicht erzwingbare Recht des Eigentümers am eigenen Grundstück auf den in Form einer Grundkreditbelastung der Höhe und dem Rang nach bestimmten Grundstückswert mit der Wirkung seiner Entnahme aus dem Erlös in der Zwangsversteigerung oder dem Ertrag in der Zwangsverwaltung durch einen Dritten und mit der Wirkung der Umwandlung in eine Gläubigerpost im Falle der Trennung des Eigentums von der Post".

Die Oberneck'sche Ansicht scheitert zunächst daran, daß weder das System des festen Ranges noch die Wertteilstheorie dem BGB. zu Grunde liegen[7]). Oberneck glaubt auf diese beiden Grundsätze daraus schließen zu können, daß durch die weite Ausdehnung des Eigentümerpfandrechts das Vorrücken der Nachhypothekare zur Ausnahme gemacht ist. Es ist zuzugeben, daß die Nachberechtigten tatsächlich nur in wenigen Fällen aufrücken. Aber man kann ein Prinzip doch nicht einfach darauf aufbauen, daß die eine Tatsache häufiger ist als die andere. Es läßt sich nicht ohne weiteres sagen, daß deshalb, weil etwa in 80 Prozent der Fälle diese Wirkung eintritt und nur in 20 Prozent jene, dieses das rechtliche Prinzip sei und jenes die Ausnahme. Denn ein Rechtsgrundsatz hat nicht in erster Linie den Zweck, festzustellen, welche Regelung das Gesetz getroffen hat, er soll vielmehr einen Anhalt dafür bieten, wie Lücken des Gesetzes auszufüllen sind.[8]) Dafür können zahlenmäßige Feststellungen nicht maßgebend sein. Es müssen vielmehr die das Gesetz beherrschenden Grundgedanken zur Betrachtung herangezogen werden. Mir scheint, daß im BGB. das Dogma vom Vorrücken der Nachberechtigten, das im preußischen Recht kraft ausdrücklicher Bestimmung (§ 62 EEG.) galt, aufrecht

[4]) RGBR. II 19.

[5]) Ebenso RG. 60, 254; a. M. Güthe, GBO. (III. Aufl.) II, 1651.

[6]) RGBR. II, 26.

[7]) Ebenso u. a. Wolff § 147 I 2; Biermann § 1163, Bem. 8b; RG. 60, 254; 65, 263.

[8]) Vgl. auch Güthe a. a. O. 1651; ZDNotV. 06, 732.

erhalten ist. Daß es nicht auch im BGB. ausgesprochen ist, liegt wohl daran, daß es den Verfassern als selbstverständlich erschien. Das Eigentümerpfandrecht ist nicht in das BGB. aufgenommen worden, um dem System des festen Ranges zur Geltung zu verhelfen, sondern aus wirtschaftlichen Erwägungen, um den Eigentümer vor dem ungerechtfertigten Verlust des Vorrangs zu schützen gegenüber Nachberechtigten, die mit einem Vorrücken billigerweise nicht rechnen konnten. Der Umstand, daß der Ausbau dieses Gedankens praktisch zu einem ähnlichen Ergebnis geführt hat, wie es sich aus dem System des festen Ranges ergeben würde, beweist aber nicht, daß dieses System angenommen ist. Bei den Vorschriften über das Eigentümerpfandrecht handelt es sich um Schutzbestimmungen zugunsten des Eigentümers, wie sich darin zeigt, daß dieser auf den Schutz von vornherein verzichten und dieser Verzicht durch Eintragung einer Vormerkung sogar mit dinglicher Wirkung versehen werden kann (vgl. § 1179). In diesen Fällen, wie überhaupt stets dann, wenn der Eigentümer sein Eigentümerpfandrecht löschen läßt, rücken ohne Zweifel die Nachberechtigten vor. Gegen das Argument des § 1179 will sich Oberneck [9]) mit einer recht künstlichen Konstruktion helfen. Er erblickt im § 1179 nur einen Ausfluß des Verfügungsrechts des Eigentümers. Durch die Vereinbarung über die Löschung soll der Eigentümer sein Einverständnis damit erklären, daß die Nachberechtigten seine Rangstelle verwerten dürfen. Diese Darstellung ist jedoch unhaltbar. Nach Obernecks Ansicht müßte es auch möglich sein, daß der Eigentümer nur mit Wirkung gegen einen einzelnen Nachberechtigten auf seine Rangstelle verzichtete, was nach dem Gesetz undenkbar ist.

Aus den vorstehenden Erwägungen heraus glaube ich für das BGB. an dem Grundsatz des Vorrückens der Nachberechtigten festhalten zu müssen. Damit ist zugleich das System des festen Ranges abgelehnt und folgerichtigerweise auch die Wertteilstheorie. Gegen diese ist besonders noch zu sagen, daß der Wert zwar zur wirtschaftlichen Veranschaulichung der Hypothek dienen kann, aber juristisch nicht zur Klärung des Problems beizutragen vermag. [10]) Wie Hirschfeld treffend sagt [11]), verwechselt Oberneck Rechtsobjekt und Rechtsinhalt. Nach dem BGB. kann Objekt des Grundpfandrechts stets nur das Grundstück sein. Dagegen ist der Inhalt des modernen Grundpfandrechts allerdings allein auf den Geldwert gerichtet [12]). Wenn man von Wertteilen spricht, so muß man dabei an ein Ganzes denken, das in Teile zerlegt wird. Sind alle Teile mit Hypotheken belastet, so würde für eine

---

[9]) RGBR. II, 16.

[10]) Vgl. Horn, Eigentümerhypothek S. 5; Biermann § 1163, Bem. 8b.

[11]) Beitr. S. 31.

[12]) Aehnlich auch Hirsch in Arch. Bürg. R. 25, 232; Horn a. a. O. S. 5.

weitere Belastung kein Raum mehr bleiben. [13]) Dies Ergebnis ist mit dem Gesetz nicht zu vereinen, das eine Grenze für die Höhe der Belastungen nicht kennt. Wenn Oberneck dagegen ausführt [14]), nicht der wahre Wert komme in Betracht, sondern der von den Beteiligten bei der Bestellung vereinbarte Wert, so dürfte hierin eine Verwechselung der Begriffe Wert und Preis liegen. Außerdem muß dieser Gesichtspunkt notwendig bei den Zwangshypotheken versagen [15]). Der weitere Hinweis, daß der Wert ein stets wechselnder sei, dürfte kaum für die Wertteilstheorie sprechen. [16]) Er zeigt vielmehr, wie ungeeignet der Wert als Grundlage ist. Unrichtig ist es auch, zu sagen, die Liquidationsbefugnis sei auf eine bestimmte Wertquote angewiesen; denn dann müßte der Hypothekengläubiger innerhalb der Wertgrenze einen unbedingten Anspruch auf Befriedigung haben. Dies ist aber keineswegs der Fall. Der Wert ist eben oft nicht gleich dem Erlös, der von vielerlei Zufällen abhängig ist. [17]) Würde man konsequent die Folgerungen aus der Wertteilstheorie ziehen, so müßte man die Abtretung einer Eigentümergrundschuld und nicht ihre Begründung als Grundstücksbelastung ansehen; jene dürfte daher z. B. der Prokurist nicht vornehmen, wohl aber diese (§ 49 Abs. 2 HGB.). [18]) Mit Recht weist Wolff weiter darauf hin [19]), die Aufhebung der rangschlechtesten Eigentümergrundschuld würde keine Verfügung im technischen Sinne sein. Ferner spricht gegen die Oberneckſche Auffassung des Eigentümerpfandrechts, daß dieses dem Eigentümer auch Befugnisse gewährt, die er als solcher nicht hat. Das Eigentum verleiht nicht die Macht, Nachberechtigte vom Vorrücken auszuschließen. Dieses Recht hat der Eigentümer nur in seiner Eigenschaft als Berechtigter des Eigentümerpfandrechts. Wäre das Eigentümerpfandrecht wirklich nur „Eigentum", so müßte es auch bei einer Veräußerung des Grundstücks mit dem Eigentum zusammenbleiben und auf den Erwerber übergehen. [20]) Die gegen diesen Vorwurf von Oberneck vorgebrachten Gründe [21]) vermögen seine Ansicht nicht zu rechtfertigen. Wenn er u. a. sagt, „ein Recht, das der Eigentümer aus seinen allgemeinen Herrschaftsrechten zu Gunsten eines anderen durch die Eintragung im Grundbuch ausgeschieden hat, kann trotz Rückkehr in das Eigentumsrecht durch die formelle Aufrechterhaltung der Ausscheidung dem Eigentümer Vorteile gewähren, die er vermöge seines Eigentumes nicht hat", so gibt er

[13]) Vgl. Lenhard in Arch. Bürg. R. 35, 391.
[14]) RGBR. II, 21.
[15]) So auch Hirschfeld a. a. O.
[16]) Vgl. Biermann § 1163, Bem. 8b; Güthe a. a. O.
[17]) Vgl. Lenhard a. a. O. 392.
[18]) So mit Recht Wolff § 147 I, 2.
[19]) a. a. O.
[20]) So Eck-Leonhard, Vorträge II, 310; Wolff a. a. O.
[21]) RGBR. II, 22 f.

damit zu, daß ein Recht an eigener Sache einen über das Eigentum hinausgehenden Inhalt haben kann. Wie das zur Stützung seiner Ansicht beitragen soll, ist mir nicht erklärlich.

Als Ergebnis können wir feststellen, daß die Oberneckſche Auffassung sich nicht halten läßt. Ebensowenig kann ich anerkennen, daß die anderen Ansichten, die in dem Eigentümerpfandrecht nur einen Teil des Eigentums sehen wollen, berechtigt sind. Bruck [22]), der Oberneck am nächsten steht, definiert die vom Eigentümer am eigenen Grundstück bestellte Grundschuld als „Formalisierung eines ideellen Wertteils des Grundstücks zum Zwecke der Haftung für eine eventuelle Schuld". Das aus einer Gläubigerhypothek entstehende Pfandrecht bezeichnet er als „die Zurückgewinnung eines ideellen Wertteils des Grundstücks, der gehaftet hatte". Der Gedanke, daß das Eigentümerpfandrecht einen Teil der Eigentumsbefugnisse enthält, kommt bei Kindel [23]) zum Ausdruck; er charakterisiert es als „die Summe der Befugnisse, welche in das Eigentum zurückgekehrt bezw. bei dem Eigentümer zurückgeblieben sind und dem Eigentümer gegen die nacheingetragenen Gläubiger durch die Eintragung erhalten werden". Hirsch [24]) sieht in dem Eigentümerpfandrecht „die zu bestimmtem Teil und Rang im Grundbuch verlautbarte Surrogationsbefugnis des Eigentümers". Güthe [25]) stellt die Bedeutung des Eigentümerpfandrechts wesentlich auf seinen Rang ab, indem er es bezeichnet als „das Eigentumsrecht in seiner Gebundenheit an eine bestimmte Rangstelle". Einen ähnlichen Gedanken hat wohl Endemann, wenn er sagt [26]), das Eigentümerpfandrecht sei „das Eigentumsrecht in der besonders ausgeprägten Gestalt eines Ausschließungsrechts gegenüber den im Range nachstehenden Grundpfandrechten".

Gegen alle diese Ansichten ist einzuwenden, daß das Eigentümerpfandrecht nicht „Eigentum" ist, sondern ein selbständiges Recht. Wie Mayer zutreffend ausführt [27]), gibt es zwei Kennzeichen für die Selbständigkeit eines Rechts, den Inhalt und das rechtliche Schicksal. Inhaltlich selbständig ist ein Recht dann, wenn es Befugnisse gewährt, die in dem angeblich übergeordneten Recht nicht enthalten sind; in seinem rechtlichen Schicksal selbständig ist ein Recht, wenn es dem Hauptrecht nicht von selbst folgt. Beides ist bei dem Eigentümerpfandrecht der Fall. Es gewährt dem Eigentümer ein Ausschließungsrecht gegenüber den Nachberechtigten, das er als solcher nicht hat; es ist auch unabhängig vom Eigentum, denn es folgt ihm nicht bei Veräußerung des Grundstücks.

[22]) a. a. O. 154.
[23]) In Festgabe für Koch S. 78 f.
[24]) In Arch. Bürg. R. 25, 228.
[25]) a. a. O. 1652.
[26]) In Lehrbuch II, 1, § 116, 2.
[27]) In Gruchots Beitr. 56, 282.

2. Wir kommen nun zu der zweiten Gruppe von Ansichten, die das Eigentümerpfandrecht als ein „Pfandrecht" auffaßt. Vermittelnd zwischen den beiden Gruppen steht eine Meinung, die scheidet zwischen dem Inhalt des Rechts und seiner äußeren Gestalt. Sie definiert das Eigentümerpfandrecht folgendermaßen: „Es ist seinem subjektiven Bestande nach lediglich Eigentumsbestandteil, aber es ist seinem objektiven Bestande nach in Gestalt eines begrenzten dinglichen Rechts verselbständigt" [28]. Diese Ansicht, die von Wolff als die herrschende bezeichnet wird, scheint mir nur einen Nachteil zu haben; auch sie berücksichtigt nicht, daß das Eigentümerpfandrecht über den Eigentumsinhalt hinausgehende Befugnisse gewährt.

Einige Schriftsteller [29] halten zwar an der Pfandrechtsnatur des Eigentümerpfandrechts fest, meinen aber, es sei noch unvollkommen. Das Rechtsobjekt sei gegeben, es fehle aber noch an dem Subjekt. Erst durch Hinzutritt der aktiven Seite des Rechts werde es vollendet. Diese Ansicht geht zurück auf Jherings Lehre von den passiven Wirkungen der Rechte [30]. Jhering unterscheidet bei den Rechten eine aktive Seite, die Berechtigung des Subjekts, und eine passive Seite, die Gebundenheit der verpflichteten Person oder der betroffenen Sache. Nach seiner Meinung kann die passive Seite vorübergehend auch ohne die aktive vorhanden sein und Wirkungen äußern. Dies soll bei dem Eigentümerpfandrecht der Fall sein, da es wegen der Unmöglichkeit eines Rechts des Eigentümers gegen sich selbst kein wirkliches Recht sein könne, sondern nur der Keim des Rechts gelegt sei.

Auch dieser Meinung kann ich nicht beitreten, denn das lastet das Grundstück und nicht das Eigentum. Es erzeugt nicht nur Ansprüche gegen den Eigentümer, sondern auch geher nicht nur Ansprüche gegen den Eigentümer, sondern auch gegen Dritte, und es besteht deshalb kein Bedenken, den Eigentümer als wirklichen Berechtigten des Eigentümerpfandrechts anzusehen.

Wenn ich jetzt daran gehe, meinen Standpunkt darzulegen, so möchte ich dabei von dem Gesetz ausgehen. Wie sich aus den §§ 1177, 1197 ergibt, hat der Berechtigte des Eigentümerpfandrechts dieselbe rechtliche Stellung wie ein Grundschuldgläubiger, abgesehen von der Verwertungsbefugnis und dem Recht auf Zinsen. Deshalb scheint es mir das Nächstliegende zu sein, anzunehmen, daß er auch ein Grundschuldgläubiger i s t [31]. Hierfür spricht der

[28]) So Gierke, Deutsches Privatrecht II § 166 S. 922; übereinstimmend von Tuhr, Allg. Teil II S. 80; Wolff § 147 I, 3; Staudinger § 1177, Bem. I., 4.

[29]) So Hachenburg, Beitr. S. 22; Vorträge S. 523 f.; Böhm RGBR. S. 239 f., 310.

[30]) Jhering i. Jherings J. 10, 387 ff.

[31]) So auch Biermann § 1163, Bem. 8a.

Wortlaut des Gesetzes (vgl. §§ 1163, 1168, 1170, 1172, 1177) und die Tatsache daß dem Berechtigten des Eigentümerpfandrechts grundsätzlich alle Befugnisse eines Grundschuldgläubigers zuerkannt werden und nur zwei als Ausnahmen ihm versagt sind. Undenkbar scheint allerdings die Annahme eines begrenzten dinglichen Rechts neben dem Eigentum an derselben Sache. § 889 sagt jedoch, daß begrenzte dingliche Rechte an Grundstücken durch Vereinigung mit dem Eigentum nicht untergehen. Dagegen könnte man wieder einwenden, daß § 889 nur eine formelle Vorschrift sei, und das Wesen des Eigentümerpfandrechts nicht berühre.

Es ist also die Frage zu beantworten, ob auch materiell sich neben dem Eigentum ein begrenztes dingliches Recht an derselben Sache denken läßt oder nicht. Die Beantwortung dieser Frage in verneinendem Sinne scheint mir der Hauptgrund dafür zu sein, daß die weitaus überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller den Pfandrechtscharakter des Eigentümerpfandrechts ganz oder teilweise leugnet. Fast allgemein wird die Auffassung des Eigentümerpfandrechts als wirklichen Pfandrechts abgelehnt mit dem einfachen Hinweis, daß dem die Natur des Eigentums als größtmöglichen Herrschaftsrechts widerspreche [32]). Nur selten wird in diesem Zusammenhang auf den Eigentumsbegriff näher eingegangen, vielmehr der von der herrschenden Meinung aufgestellte Begriff bedenkenlos übernommen. Gerade in diesem Begriff liegt aber m. E. ein Fehler. Das Eigentum läßt sich nicht abstrahiert von dem positiven Recht definieren etwa als unbeschränktes Herrschaftsrecht. Es muß vielmehr von der geltenden Rechtsordnung ausgegangen werden. Jede Rechtsordnung setzt der rechtlichen Herrschaft des Eigentümers Schranken; Art und Umfang dieser Schranken richten sich nach dem kulturellen und sozialen Stand des betreffenden Volkes. Unter Eigentum ist dann das durch Gesetz beschränkte Recht zu verstehen und nicht etwa der Oberbegriff, der durch das Gesetz erst beschränkt wird. Das Eigentum ist also keineswegs ein unbeschränktes oder unbegrenztes Recht man könnte es höchstens als unbeschränktestes Herrschaftrecht bezeichnen [33]). Von den sog. begrenzten dinglichen Rechten unterscheidet es sich nur durch den Grad der Begrenzung. Wenn man das Eigentum so betrachtet, dann ist eine Erweiterung seines rechtlichen Inhalts also durchaus denkbar, indem eine gesetzliche Schranke wegfällt. Der Eigentümer erhält dann Befugnisse, die in dem Eigentum vorher nicht enthalten waren. Daß solche Befugnisse dem Eigentümer durch ein anderes, neben dem Eigentum stehendes Recht gewährt werden können, hat Hartmann für das gemeine Recht nachgewiesen [34]). Ich möchte hier zwei Bei-

[32]) Vgl. z. B. Wolff § 147 I, 1; Endemann II, 1 § 116, 1; Hirsch a. a. O. S. 230; Bruck a. a. O. S. 130 ff,

[33]) Vgl. auch Leonhard, Lehrbuch S. 117; Beweislast S. 388.

[34]) In Iherings J. 17, 69 ff.

spiele für das geltende Recht anführen, die auch Hartmann schon in ähnlicher Weise gebracht hat.

Das Eigentum am Grundstück wird u. a. durch die Vorschriften des Nachbarrechts begrenzt. So wird der Eigentümer in dem freien Gebrauch seines Grundstücks in der Weise gehindert, daß er Immissionen auf einem fremden Grundstück nur bis zu einem gewissen Grade vornehmen darf. Um ein konkretes Beispiel herauszugreifen: der Eigentümer darf nicht Rauch einem Nachbargrundstück durch eine besondere Leitung, etwa einen Schornstein, zuführen (vgl. § 906 Satz 2). Es ist jedoch möglich, daß er sich an dem Nachbargrundstück eine Grunddienstbarkeit bestellen läßt, durch die „die Ausübung eines Rechtes ausgeschlossen ist, das sich aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstücke dem anderen Grundstücke gegenüber ergibt" (§ 1018). Durch die Bestellung einer Grunddienstbarkeit dieser Art könnte der Eigentümer des herrschenden Grundstücks das Recht erwerben, Rauch durch einen Schornstein auf das Nachbargrundstück zu leiten, ein Recht, das er kraft Eigentums nicht hat. Seine Befugnisse würden also eine über das Eigentum hinausgehende Erweiterung erfahren.

Ein weiteres Beispiel: Durch die moderne Berggesetzgebung sind viele Mineralien der Verfügung des Grundeigentümers entzogen. Der Abbau solcher Mineralien ist nur dem erlaubt, dem vom Staat die Befugnis dazu verliehen worden ist. Ohne hier näher auf die nicht unbestrittene Natur der Bergbaugerechtigkeit — auch Bergwerkseigentum genannt — einzugehen, läßt sich so viel sagen, daß sie neben anderen Rechten ein eigentümliches Herrschaftsrecht an dem verliehenen Felde enthält, das an und für sich in dem Grundeigentum nicht inbegriffen ist [35]. Auch hier haben wir es mit einer Erweiterung der Rechte des Eigentümers zu tun, wenn dieser zugleich Bergbauberechtigter ist.

Man könnte vielleicht einwenden, auch in diesen Fällen seien nur Befugnisse zu dem Eigentum zurückgekehrt, die begrifflich zu ihm gehörten und ihm nur durch die Rechtsordnung genommen seien. Dieser Einwand würde nur berechtigt sei, wenn man unter Eigentum ganz abstrakt das unbeschränkte Herrschaftsrecht versteht. Ein solcher Eigentumsbegriff ist natürlich denkbar, kommt aber für Betrachtungen des positiven Rechts nicht in Frage. Bei diesen kann nur der aus dem geltenden Recht gewonnene Begriff in Betracht gezogen werden. Die Möglichkeit zweier Eigentumsbegriffe scheint mir auch Bruck anzunehmen, wenn er sagt [36]: „Nur nach den geltenden Gesetzen läßt sich der positiv rechtliche Inhalt des Eigentums des näheren umgrenzen; dem Begriff nach muß das Eigentum ein unumschränktes Recht blei-

---

[35]) Vgl. Stobbe, Handbuch d. Deutschen Privatrechts II § 143 Z. 5.

[36]) a. a. O. S. 132.

ben." Aus diesem Satz geht hervor, daß Bruck unterscheidet zwischen einem abstrakten, für alle Zeiten gültigen Eigentumsbegriff und einem für die konkrete Rechtsordnung gegebenen. Diese Unterscheidung ist, wie gesagt, auch gerechtfertigt; ich vin aber der Ansicht, daß für den Juristen nur der zweite Begriff in Betracht kommen kann.

Als Ergebnis ist mithin festzustellen, daß die Befugnisse des Eigentümers einer Erweiterung durch andere Rechte durchaus fähig sind. Ein Fall dieser Erscheinung ist das Eigentümerpfandrecht. Es gewährt u. a. dem Eigentümer ein Ausschließungsrecht gegenüber den Nachberechtigten. Daß dieses der Eigentümer als solcher nicht hat, ergibt sich aus dem Grundsatz des Vorrückens der Nachberechtigten, der, wie wir oben sahen, dem BGB. zugrunde liegt. Läßt der Eigentümer sein Eigentümerpfandrecht löschen, so fällt auch sein Ausschließungsrecht gegen die Nachhypothekare fort. Das Eigentümerpfandrecht stimmt mithin inhaltlich nicht mit dem Eigentum überein, gewährt vielmehr dem Eigentümer Rechte, die er als solcher nicht hat. Damit ist zugleich festgestellt, daß das Eigentümerpfandrecht auch inhaltlich ein selbständiges Recht an eigener Sache ist.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß kein Grund vorliegt, das Eigentümerpfandrecht für etwas anderes anzusehen, als es das Gesetz dem Wortlaut und Inhalt nach tut. Das Eigentümerpfandrecht ist ein Grundpfandrecht mit der Besonderheit, daß während der Zeit der Vereinigung von Gläubigerrecht und Eigentum die gegen den Eigentümer gerichteten Rechte nicht ausgeübt werden können.[37]

Bei dem Eigentümerpfandrecht sind zwei Fälle zu unterscheiden, je nachdem dem Eigentümer gleichzeitig eine gesicherte Forderung zusteht oder nicht. Das Gesetz sagt: Steht dem Eigentümer auch die Forderung zu, so wird die Hypothek wie eine Grundschuld behandelt (§ 1177 Abs. 2); steht dagegen dem Eigentümer die Forderung nicht zu, so „verwandelt" sich die Hypothek in eine Grundschuld. Der Unterschied zwischen beiden Fällen besteht also ebenso wie der zwischen Hypothek und Grundschuld darin, daß das eine Recht in Beziehung zu einer Forderung steht, das andere nicht. Deshalb läßt sich aus dem Satz, daß das Eigentümerpfandrecht ein Grundpfandrecht ist, die Folgerung ziehen: Ist das Eigentümerpfandrecht mit einer Forderung verbunden, so ist es eine Hypothek, fehlt eine Forderung, so ist es eine Grundschuld. Diesen Unterschied hat man mit Recht auch terminologisch zum Ausdruck bringen wollen. So trennt Dernburg[38] zwischen for-

[37]) Im Ergebnis wesentlich übereinstimmend: Biermann § 1163, Bem. 8a; Planck § 889, Bem. 2; Vorbem. vor § 1113 2e; Hirschfeld a. a. O. 37 ff.

[38]) Bürgerliches Recht III S. 647.

derungsbekleideter und forderungsentkleideter Eigentümerhypothek, Hachenburg[39]) zwischen Hypothek des Eigentümers und Eigentümerhypothek. Mir scheint man am besten die Rechte nach dem zu bezeichnen, was sie sind, nämlich Eigentümerhypothek und Eigentümergrundschuld.[40])

II. Die Höchstbetragshypothek.

§ 3. Geschichte.

Nachdem wir einen Blick auf Entwicklung und heutige Gestaltung des Eigentümerpfandrechts geworfen haben, können wir zu der Höchstbetragshypothek übergehen. Auch hier möchte ich mit einigen Worten das Recht vor 1900 berühren.

A. Das römische Recht kannte kein unserer heutigen Höchstbetragshypothek entsprechendes Rechtsinstitut. Es finden sich jedoch ähnliche Erscheinungen. Eine Höchstbetragshypothek sichert in den meisten Fällen künftige Forderungen. Pfandrechte für eine obligatio futura konnten auch im römischen Recht schon bestellt werden (vgl. l. 5 Dig. 20, 1). Daneben gab es auch gesetzliche Pfandrechte für künftige Forderungen, so z. B. das Pfandrecht des Mündels am Vermögen des Vormunds l. 20 C. 5, 37) oder das der Kinder erster Ehe am Vermögen des parens binubus wegen der lucra nuptialia (l. 62 und 84 C. 5, 9).[1]) Schwierigkeiten bereitete bei derartigen Pfandrechten die Frage, wann das Pfandrecht entsteht, ob mit dem Augenblick der Bestellung oder erst mit Entstehung der Forderung. Die akzessorische Natur des Pfandrechts ließ ein Pfandrecht vor Entstehen der Forderung unmöglich erscheinen, andererseits erforderte der Schutz des Gläubigers, daß Verfügungen des Eigentümers über die Pfandsache auch vor Entstehen der Forderung unwirksam seien, da sonst sein ganzes Recht vereitelt werden könnte. Für einige gesetzliche Pfandrechte war in l. 6 § 4 C. 6, 61 bestimmt, daß sie schon von Beginn des betreffenden Verhältnisses an und nicht erst vom Entstehen einer Forderung an datieren sollten. Hinsichtlich der vertragsmäßigen Pfandrechte widersprachen sich jedoch einige Quellenstellen. Während in l. 4 Dig. 20, 3 und l. 1 § 1 und l. 11 Dig. 20, 4 der Zeitpunkt der Forderungsentstehung für maßgebend erklärt wird, ist nach l. 1 und l. 9 Dig. 20, 4 der dies contractae obligationis entscheidend.

Im Anschluß an diese sich widersprechenden Stellen entwickelte man im gemeinen Recht den Satz, daß grundsätzlich ein Pfandrecht für ein künftige Forderung zugleich mit der Forderung zur Entstehung gelange; nur wenn beide Beteiligten oder auch nur einer von ihnen auf Grund eines Rechtsverhältnisses bereits derart gebunden waren, daß sie die Entstehung der Forderung nicht

---

[39]) Beiträge S. 8.

[40]) Ebenso Wolff § 144 II.

[1]) Vgl. Oertel, Dissertation S. 10.

mehr verhindern konnten, dann sollte das Pfandrecht von der Bestellung ab datieren.[2]) Fraglich blieb, wie dieser den praktischen Bedürfnissen entsprechende Satz mit der akzessorischen Natur der Hypothek in Einklang gebracht werden sollte. Diese Frage interessiert auch an dieser Stelle, da sie im heutigen Recht etwas verändert wiederkehrt. Es seien deshalb einige Versuche einer Lösung angeführt.

Grünhut[3]) und Wilhelm Endemann[4]) wollen an Stelle der Forderung den Kredit setzen. Endemann erklärt den Kreditnehmer als „wirklichen Schuldner, weil er den Kredit genommen hat", und betrachtet das Pfandrecht nicht als akzessorisch zu dem auf Grund des Kreditverhältnisses entnommenen Darlehn, sondern er sieht die Pfandbestellung als „Gegenleistung" zu dem Kredit an.

Dagegen sucht Jhering[5]) die Erscheinung von dem schon oben erwähnten Gedanken der passiven Wirkungen der Rechte aus zu erklären. Ein wirkliches Pfandrecht hält er ohne Forderung für unmöglich, aber auch für unnötig; denn den Schutz des Gläubigers erreicht er durch den Begriff der „passiven Gebundenheit der Sache für einen künftigen Rechtszweck".[6]) Einen ähnlichen Gedankengang scheint Windscheid zu verfolgen, wenn er von einer „sofortigen Pfandgebundenheit" spricht.[7])

Dernburg[8]) und im Anschluß an ihn Enneccerus[9]) stellt die Frage wesentlich auf den Willen der Beteiligten ab. Ist dieser auf die unmittelbare Begründung eines Pfandrechts gerichtet, so soll dieses auch sogleich entstehen. Wenn der Wille nicht zweifelsfrei zu erkennen ist, so sei darauf zu sehen, ob einer der Teile sich schon gebunden hat. In diesem Falle gelte das Pfandrecht als von der Bestellung an gewollt. Mit der Akzessorietät ist dieses Ergebnis für Dernburg deshalb zu vereinen, da er ihre Bedeutung nur darin erblickt, daß ein Pfandrecht wegen einer Forderung besteht und diese nicht überdauert. Er hält es aber für möglich, daß das Pfandrecht „dem Hauptrecht zu dessen besserem Dienst zeitlich vorgeht".[10])

B. Während wir im römischen und gemeinen Recht kein Sonderinstitut zur Sicherung künftiger und ungewisser Forderungen haben, bildete sich ein solches in den meisten deutschen Landes-

---

[2]) Vgl. z. B. Vangerow, Pandekten I § 373, Anm. 3; Windscheid-Kipp, I § 242, 3; Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 266; RG. 14, 250 f.

[3]) In Grünhuts Z. 3, 497.

[4]) In Zeitschr. f. Handelsrecht 4, 211 f.

[5]) In Jherings J. 10, 482 ff.

[6]) a. a. O. 492.

[7]) I § 242 Ziffer 3.

[8]) Pfandrecht I, 526 f; Pandekten I, 680 f.

[9]) a. a. O. S. 271 f.

[10]) Pandekten I, 681.

rechten aus. Das preußische Allgemeine Landrecht bestimmte in § 14 Teil I Titel 20, daß, soweit wegen künftiger Ansprüche Kaution gefordert und geleistet werden kann, dergleichen Ansprüche auch durch Pfand oder Hypothek sichergestellt werden können. Das Eigentumserwerbsgesetz baute diesen Gedanken aus und schuf eine besondere Kautionshypothek (§ 24). Da das Grundbuchsystem die Eintragung eines bestimmten Betrages verlangte, die Höhe der Forderung bei der Kautionshypothek aber von vornherein noch garnicht feststand, so wurde die Eintragung eines Höchstbetrages verlangt, bis zu dem das Grundstück haften sollte. In ähnlicher Weise finden wir in anderen Landesrechten Hypotheken, bei denen nur ein Höchstbetrag eingetragen zu werden braucht.[11]) Allgemein findet sich aber nur die Zulassung solcher Hypotheken ausgesprochen, eine weitere Regelung fehlt fast völlig. So enthält das preußische EEG. nur eine Sonderbestimmung für die Kautionshypothek, den § 67, der die Anwendung der Vorschriften über das Eigentümerpfandrecht auf die Kautionshypothek ausschließt.

Die im gemeinen Recht so umstrittene Frage nach dem Zeitpunkt der Entstehung der Hypotheken für künftige Forderungen war infolge der Grundbucheinrichtung nur noch von geringer praktischer Bedeutung. Allgemein wurde bezüglich des Ranges der Augenblick der Eintragung für maßgebend erklärt. Trotzdem wurde die akzessorische Natur der Hypothek grundsätzlich aufrecht erhalten. Im preußischen Recht kam man infolgedessen dazu, eine durch Entstehung der Forderung bedingte Hypothek anzunehmen.[12]) Bei der bayerischen Sicherungshypothek läßt Regelsberger das Hypothekenrecht erst mit der Forderung entstehen.[13]) Die bloße Eintragung soll nur eine „dingliche Gebundenheit der verpfändeten Sache" hervorrufen. Dagegen ist Exner[14]) für das österreichische Recht der Ansicht, daß die Hypothek mit der Eintragung entstehe. Diese Meinung wird dadurch ermöglicht, daß er die Akzessorietät im römischrechtlichen Sinne für das österreichische Recht ablehnt.[15]) Keine Schwierigkeiten bot das Mecklenburgische Recht, dem als „Fundamentalsatz" die Selbständigkeit der Hypothek zu Grunde lag.[16])

§ 4. Geltendes Recht unter besonderer Berücksichtigung des Begriffs der Feststellung.

Im Anschluß an die Entwicklung in den Landesrechten hat

[11]) Vgl. z. B. Sächs. BGB. v. 1863 §§ 370, 389; Bayer. Hypothekengesetz v. 1822 § 19; Württemberg. Pfandgesetz v. 1828 Art. 11; Oesterreich. Allg. Grundbuchgesetz v. 1871 § 14 Abs. 2 und 4; Mecklenburg. revidierte Hypothekenordnung f. Landgüter v. 18. 10. 1848.

[12]) Vgl. Turnau, GBO. I, 391; RG. 49, 164.

[13]) Bayer. Hypothekenrecht S. 189.

[14]) Oesterr. Hypothekenrecht S. 133.

[15]) Vgl. a. a. O. § 2.

[16]) Vgl. von Meibom Mecklenburg. Hypothekenrecht § 13.

das BGB. eine besondere Hypothekenart für Forderungen von unbestimmtem Betrage geschaffen: Die Höchstbetragshypothek des § 1190. Während bei der gewöhnlichen Hypothek ein bestimmter Geldbetrag der gesicherten Forderung angegben werden muß (vgl. § 1115), genügt bei der Höchstbetragshypothek die Angabe des Höchstbetrages, bis zu dem das Grundstück haften soll. Ihrer Natur nach ist die Höchstbetragshypothek zur Sicherung solcher Forderungen bestimmt, deren Betrag zur Zeit der Bestellung noch nicht feststeht. Dies schließt jedoch nicht aus, daß sie für eine nach Grund und Betrag feststehende Forderung bestellt wird, wenn nur die Parteien sich die Feststellung der Forderung vorbehalten. Immerhin werden derartige Fälle nur selten vorkommen. In der Regel wird nicht nur der Betrag der Forderung noch nicht feststehen, sondern es wird die Forderung überhaupt noch nicht bestehen, wie z. B. bei Kredithypotheken. Die Höchstbetragshypothek ist der wichtigste Fall der Hypotheken für eine künftige Forderung (§ 1113 Abs. 2).

Wesentlich ist der Höchstbetragshypothek der Vorbehalt der Feststellung der Forderung. Der erste Entwurf drückte sich in seinem § 1129 Abs. 1 enger aus, indem er nur gestattete, die Feststellung „des Betrages der Forderung" vorzubehalten. Ob mit der veränderten Fassung eine Erweiterung beabsichtigt war, läßt sich nicht sagen, da die Materialien keinen Grund für die Aenderung angeben.[1]) Der Wortlaut des § 1190 hindert jedenfalls nicht, auch die nähere Bestimmung, den Grund der Forderung vorzubehalten. Eine Höchstbetragshypothek kann daher für alle Forderungen aus einem Rechtsverhältnis, ja sogar für alle gegenwärtigen und künftigen Forderungen eines Gläubigers gegen einen bestimmten Schuldner bestellt werden.[2]) Darüber hinaus wollen einige die Sicherung aller Forderungen eines Gläubigers gegen alle seine Schuldner oder der Forderungen mehrerer Gläubiger durch eine Höchstbetragshypothek zulassen.[3]) Dies wird jedoch u. a. vom Reichsgericht[4]) für unstatthaft erklärt.

Kraft Gesetzes ist die Höchstbetragshypothek Sicherungshypothek (§ 1190 Abs. 3) und damit Buchhypothek (§1185 Abs. 1). Die Vorschriften des Hypothekenrechts finden also auf sie grundsätzlich Anwendung, soweit sie nicht durch § 1185 Abs. 2 für Sicherungshypotheken ausgeschlossen sind. Eine weitere Sonderbestimmung enthält § 1190 Abs. 2, der besagt, daß etwaige Zinsen, und zwar sowohl vertragsmäßige wie gesetzliche,[5]) in den Höchstbetrag eingerechnet werden. Die besondere Eintragung von Zinsen ist also nicht gestattet. Für die Kosten der Kündigung oder

---

[1]) Vgl. Protokolle III, 688 ff.

[2]) Vgl. hierzu z. B. Oberneck RGBR. II, 404; Sternberg in Iherings J. 62, 381 f; KGJ. 23 A 239; 35 A 284.

[3]) So KGJ. 35 A 284; Sternberg a. a. O. 382.

[4]) RG. 75, 247 f.

[5]) Vgl. Protokolle III, 689.

etwaiger Rechtsverfolgung haftet das Grundstück auch außerhalb des Höchstbetrages, da für diese keine Ausnahme von § 1118 gemacht ist. Schließlich ist als Ausnahme von § 1154 Abs. 3 erlaubt, die Forderung nach Schuldrecht zu übertragen. Geschieht dies, so geht die Hypothek entgegen dem § 1153 Abs. 2 nicht auf den Erwerber mit über (§ 1190 Abs. 4).

Auf eine Frage ist in diesem Zusammenhang noch etwas näher einzugehen, da sie für das Thema der Arbeit von großer Bedeutung ist, und zwar auf die Frage der Feststellung der Forderung. Was unter „Feststellung der Forderung" zu verstehen ist, in welcher Form sie vor sich zu gehen hat, und wie sie auf die Hypothek wirkt, darüber herrscht viel Streit.

Im Gegensatz zu der gewöhnlichen Hypothek brauchen sich bei der Höchstbetragshypothek die Parteien weder über den Grund noch über den Betrag der Forderung zu einigen, deren Feststellung wird vielmehr vorbehalten. Dies ist nicht etwa so zu verstehen, daß die Parteien erst später festsetzen sollen, für welche Forderung die Hypothek haftet. Durch die Feststellung wird nicht erst die Forderung mit der Hypothek verbunden. Welche Forderungen durch sie gesichert werden sollen, richtet sich vielmehr nach den Vereinbarungen, die von den Beteiligten bei der Hypothekenbestellung getroffen sind. Ist z. B. die Höchstbetragshypothek für alle Forderungen aus einem bestimmten Rechtsverhältnis bestellt, so fallen von selbst alle aus diesem Rechtsverhältnis entspringenden Forderungen unter die Hypothek. Die Feststellung entscheidet nur darüber, welche Forderungen bezw. in welcher Höhe Forderungen in dem betreffenden Augenblick vorhanden und durch die Hypothek gesichert sind. Sie hat also in dieser Hinsicht einen deklaratorischen Charakter, indem sie nur die tatsächlich bereits bestehende Rechtslage „feststellt".[6]

Während bei allen anderen Sicherungshypotheken, gleichgültig ob sie für eine gegenwärtige oder künftige Forderung bestellt werden, Grund und Betrag der Forderung bestimmt angegeben werden müssen, ist bei der Höchstbetragshypothek nur die Angabe eines Höchstbetrages erforderlich, im übrigen bleibt die Feststellung der Forderung vorbehalten. In diesem Vorbehalt liegt das unterscheidende Merkmal der Höchstbetragshypothek.[7] Mit Recht zieht Oertel aus dieser Tatsache die Folgerung, daß die Höchstbetragshypothek ihre Eigenart verliert, wenn die Forderung festgestellt wird.[8] „Eine festgestellte Maximalhypothek ist ein Widerspruch in sich selbst".

---

[6]) Ebenso Oertel Diss. S. 98 f.; Degenhardt Diss. S. 12.

[7]) So auch RG. 51, 115; Planck § 1190, Bem. 1; Staudinger § 1190, Bem. 1a; RGRäte Komm. § 1190, Bem. 1; Goldmann-Lilienthal BGB. II § 81, II; Huth in ZDNotV. 1911 S. 359; Oertel a. a. O. S. 101 f.

[8]) a. a. O. S. 102.

Zu diesem Ergebnis führt auch noch eine andere Erwägung. Die Folge der Feststellung muß, wie schon das Wort besagt, sein, daß die Forderung nunmehr feststeht, und zwar endgültig feststeht. Mit dem Augenblick der Feststellung muß die Möglichkeit des Entstehens weiterer Forderungen, für die die Höchstbetragshypothek haften soll, ausgeschlossen sein. Ein anderer Feststellungsbegriff ist m. E. sinnlos, wie z. B. folgende Ueberlegung zeigt. Mit Recht steht die herrschende Meinung auf dem Standpunkt, daß sich mit der Feststellung die Frage entscheidet, wem endgültig die Höchstbetragshypothek zustehen soll, dem Gläubiger oder dem Eigentümer.[9]) Diese Frage kann naturgemäß erst dann entschieden werden, wenn sicher ist, daß unter die Hypothek fallende Forderungen nicht mehr entstehen können. Am besten scheint mir ein Beispiel zur Klarlegung des Gedankenganges geeignet zu sein. Nehmen wir an, eine Höchstbetragshypothek sei für alle Forderungen aus einem bestimmten Rechtsverhältnis bestellt. Ist dieses Rechtsverhältnis abgeschlossen und die Schlußforderung festgesetzt, so ist damit entschieden, daß aus diesem Rechtsverhältnis keine Forderungen mehr entstehen können; denn dieses besteht nicht mehr. Ist damit aber auch entschieden, daß keine unter die Höchstbetragshypothek fallenden Forderungen mehr entstehen können? Diese Frage muß verneint werden; denn aus der Schlußforderung vermögen noch Zinsforderungen zu entstehen. Sollten keine vertragsmäßigen Zinsen bedungen sein, so sind immerhin gesetzliche Zinsen z. B. Verzugszinsen möglich. Da nach § 1190 Abs. 2 die Höchstbetragshypothek innerhalb des Höchstbetrages auch die Zinsen sichert, so sind diese etwaigen Zinsforderungen auch Forderungen, die unter die Hypothek fallen. Mit der Schlußabrechnung ist also die Möglichkeit des Entstehens weiterer Forderungen keineswegs ausgeschlossen. Deshalb ist sie nicht als endgültige Feststellung anzusehen. Wie bei einer Höchstbetragshypothek, die für die Forderungen aus einem Rechtsverhältnis bestellt wird, so ist es bei allen Höchstbetragshypotheken. Die Mög-

---

[9]) Das Reichsgericht (in Leipziger Zeitschr. 1913 S. 628 f.; ähnlich auch Wolff § 153 III; Sternberg i. Jherings J. 62, 381 ff.) vertritt die Ansicht, daß die endgültige Entscheidung dieser Frage nicht nur durch die Feststellung herbeigeführt werden könne. „Wenn objektiv sicher sei, daß eine Forderung von der Art, wie sie durch die Hypothek gedeckt werden sollte, über eine bestimmte Summe hinaus in Zukunft nicht mehr entstehen werde," so stehe damit fest, daß der überschießende Teil nicht mehr Gläubigerhypothek werden könne. An diesen Ausführungen ist richtig, daß das Entscheidende die „objektive Sicherheit" ist, daß keine weiteren Forderungen entstehen können. Abgesehen von einem unten noch darzulegenden Ausnahmefall ist aber wegen der Möglichkeit des Entstehens von Zinsforderungen der Augenblick der „objektiven Sicherheit" erst mit dem Ende der Höchstbetragshypothek als solcher gegeben.

lichkeit der Entstehung von Zinsforderungen läßt eine endgültige Feststellung der gesicherten Forderung während des Bestehens der Höchstbetragshypothek nicht zu. Die Feststellung muß vielmehr mit dem Ende der Höchstbetragshypothek als solcher zusammenfallen.

Mit der Feststellung muß also die Höchstbetragshypothek ihre Eigenart verlieren; sie wird zu einer gewöhnlichen Sicherungshypothek. Da es sich um eine Inhaltsänderung handelt, findet § 877 Anwendung. Die Feststellung hat demnach in der Form der Einigung und Eintragung im Grundbuch vor sich zu gehen. Nachberechtigte brauchen nicht gehört zu werden; jedoch ist die Zustimmung Dritter, die ein Recht an der Hypothek haben, erforderlich (§§ 877, 876).

Eine ähnliche Ansicht wird von Oertel vertreten.[10]) Er geht davon aus, daß die Einigung der Parteien und die Eintragung bei der Höchstbetragshypothek Grund und Betrag der Forderung nicht zu umfassen brauchen. Diese werden vielmehr erst durch die Feststellung bestimmt. Deshalb soll auch für sie Einigung und Eintragung erforderlich sein. Die Feststellung ist nach Oertels Ansicht die nachgeholte Einigung und Eintragung hinsichtlich des Grundes und des Betrages der Forderung, also eine Ergänzung des Hypothekenbestellungsaktes. Was ergänzt werden muß, ist unvollständig. Folgerichtig zu Ende gedacht, würde der Oertel'sche Gedankengang also dahin führen, daß die Bestellung einer Höchstbetragshypothek stets unvollständig ist und der Ergänzung durch die Feststellung bedarf. Wir hätten in der Höchstbetragshypothek eine unvollständige Hypothek vor uns, die vor der Geltendmachung erst durch Einigung und Eintragung festgestellt werden müßte. Dieses Ergebnis ist unannehmbar. Das Gesetz läßt im § 1190 zu, daß eine Sicherungshypothek bestellt wird ohne Einigung und Eintragung hinsichtlich des Grundes und Betrages der Forderung. Nur die Feststellung der Forderung, nicht etwa die Einigung und Eintragung bezüglich der Forderung wird vorbehalten. Wenn das Gesetz bis zur Feststellung nur ein unvollständiges Hypothekenrecht hätte schaffen wollen, dann hätte es sich anders ausgedrückt. Es besteht kein Bedenken, die Höchstbetragshypothek auch vor der Feststellung geltend zu machen, natürlich nur, soweit eine Forderung besteht. Dies muß der Gläubiger beweisen.[11])

Die weitaus herrschende Meinung steht auf dem Standpunkt, die Feststellung habe durch Vertrag oder Urteil zu erfolgen, und zwar fordern die einen eine Uebereinkunft zwischen Gläubiger

---

[10]) a. a. O. S. 102; ebenso auch Werner Diss. S. 10; Degenhardt a. a. O. S. 12 f.

[11]) So auch Planck § 1190, Bem. 2b; Staudinger § 1190, Bem. 6c; RGRäte Komm. § 1190, Bem. 1; Biermann § 1190, Bem. 3d; Oberneck RGBR. II § 158 Nr. 6.

und persönlichem Schuldner,[12]) die anderen zwischen Gläubiger und Eigentümer[13]). Diese Feststellung ist ein rein schuldrechtlicher Vorgang und berührt die dingliche Rechtslage in keiner Weise, wie auch die Vertreter dieser Ansicht betonen.[14]) Daß eine solche Feststellung von großer Bedeutung sein kann, z. B. als Beweismittel für das Bestehen der Forderung, und daß sie auch im täglichen Leben häufig vorkommt, z. B. in Gestalt des Saldoanerkenntnisses bei Kreditverhältnissen, gebe ich ohne weiteres zu. Ich vermag aber nicht der Auffassung beizutreten, daß es sich hierbei um die Feststellung der Forderung im Sinne von § 1190 Abs. 1 handelt. Denn diese rein obligatorische Feststellung kann nur eine vorläufige sein. Wie wir oben sahen, kann sie das Entstehen weiterer Forderungen, und seien es auch nur Zinsforderungen, nicht verhindern. Endgültig könnte diese Feststellung nur in dem Falle sein, daß der Gläubiger unmittelbar im Anschluß an sie die Hypothek geltend macht und infolge Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück die Hypothek erlischt (§ 1181). In allen anderen Fällen kann die schuldrechtliche Feststellung das Entstehen weiterer Forderungen nicht hindern. Deshalb kann man m. E. als Feststellung im Sinne von § 1190 Abs. 1 nur die sachenrechtliche Feststellung, wie ich sie oben dargelegt habe, ansehen.

III. Höchstbetragshypothek und Eigentümerpfandrecht.

A. Der Fall des § 1163 Abs. 1 Satz 1.

Die Streitfrage nach dem rechtlichen Zustand vor der Feststellung.

§ 5. Ueberblick über die Ansichten.

Die Höchstbetragshypothek ist im BGB. grundsätzlich in das System des Hypothekenrechts eingeordnet. Wie wir schon sahen, finden auf sie als Sicherungshypothek (§ 1190 Abs. 3) alle Vorschriften des Hypothekenrechts Anwendung, soweit das Gesetz nichts Gegenteiliges bestimmt. Die Vorschriften über das Eigentümerpfandrecht sind im Gegensatz zum preußischen Recht von der

---

[12]) So z. B. RGRäte Komm. § 1190, Bem. 1; Staudinger § 1190, Bem. 6; Neumann § 1190, Bem. 8b; Güthe GBO. II S. 1706 Z. 7a; Fuchs, Grundbuchrecht I § 1190, Bem. 22a; OLG. 20, 389, 415; KGJ. 35 A 317.

[13]) So z. B. Planck § 1190, Bem. 2c; Crome, System III § 484 Z. 6; Oberneck a. a. O. S. 415; Turnau-Förster § 1190 I, 11.

[14]) So z. B. Planck § 1190, Bem. 2d; Güthe a. a. O.; Fuchs a. a. O. Daß die bloße Abrechnung die Höchstbetragshypothek in eine schlichte Sicherungshypothek verwandele, nehmen Endemann II, 1 § 131 Z. 2 und LG. Düsseldorf in DJZ. 02, 228 an. Wie ein rein schuldrechtlicher Vorgang das Wesen der Hypothek verändern soll, ist mir unverständlich. Außerdem spricht gegen diese Ansicht auch der im Text geltend gemachte Grund, daß die Abrechnung keine endgültige Feststellung ist.

Anwendung auf die Höchstbetragshypothek nicht ausgeschlossen. Grundsätzlich greifen sie also auch bei ihr Platz. Es können sich nur aus der besonderen Natur der Höchstbetragshypothek Abweichungen von den allgemeinen Regeln ergeben. Inwieweit dies der Fall ist, wird im Folgenden untersucht werden. Die streitigen Fragen sollen im wesentlichen an Hand des Falles des § 1163 Abs. 1 Satz 1 behandelt werden, während die Besonderheiten der übrigen Fälle zum Schluß einer Betrachtung unterzogen werden sollen.

Unstreitig finden die Vorschriften über das Eigentümerpfandrecht auf die Höchstbetragshypothek nach der Feststellung uneingeschränkte Anwendung. Geht man von der hier vertretenen Auffassung der Feststellung aus, so erscheint das selbstverständlich, da nach der Feststellung eine gewöhnliche Sicherungshypothek vorliegt. Sehr bestritten ist dagegen die Frage, ob überhaupt und inwieweit in der Schwebezeit vor der Feststellung ein Eigentümerpfandrecht entstehen kann. Die verschiedenen Ansichten über den Rechtszustand während der Schwebezeit lassen sich im wesentlichen in zwei Gruppen teilen, die ich mit Ahsbahs [1]) als Theorie der ursprünglichen Gläubigerhypothek und Theorie der ursprünglichen Eigentümergrundschuld bezeichnen möchte.

1. Die Theorie der ursprünglichen Gläubigerhypothek: [2]) Mit Einigung und Eintragung entsteht eine Gläubigerhypothek in Höhe des eingetragenen Höchstbetrages ohne Rücksicht auf die Entstehung der Forderung. Erst wenn sich entschieden hat, daß keine weiteren Forderungen mehr entstehen können, also im Augenblick der Feststellung, wird der nichtvalutierte Teil gemäß §§ 1163 Abs. 1 Satz 1, 1177 Abs. 1 Eigentümergrundschuld.

2. Die Theorie der ursprünglichen Eigentümergrundschuld: [3]) Bis zur Entstehung der Forderung steht die Hypothek dem Eigentümer gemäß §§ 1163 Abs. 1 Satz 1, 1177 Abs. 1 zu, jedoch nur als

---

[1]) In Iherings J. 50, 373.

[2]) Als Vertreter sind zu nennen: Biermann § 1113, Bem. 3a; § 1190, Bem. 4; Dernburg, Bürg. Recht, III § 243; Müller-Meikel, Bürg. Recht, I § 279; Goldmann-Lilienthal II § 80, II; § 81, II; Neumann, Handausgabe z. § 1190; Crome, System III § 484; Oberneck RGBR. II § 158 Nr. 7; Güthe-Triebel, GBO I § 22,Anm. 14; Hachenburg, Vorträge S. 598; Kretzschmar, Einführung, I S. 413 f; in ZBFG. 15, 37 ff.; Sternberg in Iherings J. 62, 377 ff.; Reinhard in Recht 02, 31 ff.; Schreiber, Schuld und Haftung, S. 332 f.; Eichler, Diss.; Werner, Diss.; Beck Maximaleigentümerhypothek.

Ferner aus der Rechtsprechung: RG. 51, 115 ff; 55, 220 ff; 56, 323; 61, 38 ff.; KGJ. 26 A 163 f.; 28 A 271; 35 A 319 f; OLG. 4, 74 f.; 4, 377.

[3]) Als Vertreter sind zu nennen: Planck, § 1190, Bem. 6; Wolff, § 145 I, 1; § 153, III; RGRäte Komm. § 1190, Bem. 1;

vorläufige Eigentümergrundschuld. Zu einer endgültigen wird sie erst mit der Feststellung.

Ahsbahs[4]) zählt neben diesen beiden Gruppen von Ansichten noch eine dritte auf, die er Theorie der hypothekarischen Anwartschaft nennt. Nach dieser sollen von vornherein noch keine festen Rechte vorhanden sein, weder für den Gläubiger noch für den Eigentümer; bis zur Entstehung der Forderung soll nur eine in der Entwicklung begriffene Hypothek vorliegen. Diese Ansicht stammt aus dem gemeinen Recht und hat durch Jhering[5]) ihre wissenschaftliche Begründung erfahren. Jhering kam zu dieser Theorie hinsichtlich der Hypothek für eine künftige Forderung durch die praktische Erwägung, daß der Gläubiger durch Verfügungen des Eigentümers vor Entstehung der Forderung nicht geschädigt werden dürfe. Durch ein wirkliches Gläubigerpfandrecht sei dieser Zweck nicht zu erreichen, da ein Pfandrecht ohne Forderung nicht denkbar sei. Bei Darlegung seiner Ansicht geht Jhering von dem schon oben angedeuteten Begriff der passiven Wirkungen der Rechte aus. Ein bestimmter Berechtigter soll zunächst fehlen, der Gläubiger jedoch durch seine Anwartschaft auf Erwerb der Gläubigerhypothek gegen Verfügungen des Eigentümers geschützt sein.

Mit der rechtlichen Natur der Höchstbetragshypothek des BGB. ist diese Ansicht nicht zu vereinen. Wie fast allgemein anerkannt wird, ist die Höchstbetragshypothek eine unbedingte Grundstücksbelastung in Höhe des eingetragenen Höchstbetrages.[6]) Als unbedingtes Recht muß sie einem bestimmten Berechtigten zustehen; denn ein subjektives Recht ohne Berechtigten ist undenkbar. Für das heutige Recht wird m. W. die Theorie der hypothe-

---

Achilles-Greiff, § 1190, Bem. 8; Gierke, Deutsches Privatrecht II S. 908, 925 f.; Cosack und Mitteis, Lehrbuch II § 90 II; Staudinger § 1190, Bem. 1; Endemann II, 1 § 131, 2; § 116, Anm. 27; Predari, GBO. § 19, Anm. 9 B; Fuchs, I § 1190, Anm. 11; Ahsbahs a. a. O. 50, 373; Herold, in ZBFG. 4, 695 ff.; Mayer, in Gruchots Beitr. 56, 522 ff.; Hirsch, in Arch. Bürg. R. 25, 235 ff.; Bollenbeck in ZDNotV. 15, 4 ff.; Reinhard, in Recht 1918, 217 ff.; Lazarus, Pfändung und Ueberweisung S. 54 f.; Röttgen, Zwei grundbuchrechtliche Fragen, S. 11 ff.; Horn a. a. O. S. 81 ff.; Bruck a. a. O. S. 180 ff.; Bergk, Diss. S. 117 ff.; Oertel a. a. O. S. 56 ff.; Degenhardt a. a. O.; Lange, Diss. S. 48. Jetzt auch die Rechtsprechung: RG. 75, 249 f.; 97, 225; in J. W. 1912, 403; KGJ. 45 A 290; OLG. 31, 356.

[4]) a. a. O.

[5]) In Jherings J. 10, 482 ff.

[6]) Vgl. z. B. Planck § 1190, Bem. 2a; RGRäte Komm. § 1190, Bem. 1; Biermann, § 1190, Bem. 3a; Oberneck, RGBR. II, 406; Fuchs I § 1190, Anm. 10; Bruck, a. a. O. S. 180; Horn a. a. O. S. 83; Kretzschmar, in ZBFG. 15, 37 f.; RG. 49, 165; 55, 217 ff.

karischen Anwartschaft auch nicht mehr vertreten. Es erübrigt sich deshalb, näher auf sie einzugehen; ich kann mich im Folgenden auf die beiden oben genannten Ansichten beschränken.

In dem ersten Jahrzehnt nach Inkrafttreten des BGB. war die Theorie der ursprünglichen Gläubigerhypothek durchaus vorherrschend. Jedoch ist im Laufe der Zeit eine Wandlung eingetreten; vor allem ist die Rechtsprechung, die anfänglich auch jene Theorie vertrat, im Anschluß an die Entscheidung des Reichsgerichts vom 1. März 1911 [7]) zu der Annahme einer ursprünglichen Eigentümergrundschuld übergegangen. Heute kann man wohl die letztere Theorie bereits als die herrschende bezeichnen. Sie scheint mir auch in jeder Hinsicht den Vorzug zu verdienen, wie ich im Verlaufe der Arbeit darlegen werde.

Ehe ich mich der Behandlung der Streitfrage zuwende, möchte ich noch darauf hinweisen, daß diese in gleicher Weise auch bei der gewöhnlichen Hypothek für eine künftige Forderung (§ 1113 Abs. 2) besteht. Von den meisten Schriftstellern [8]) und auch vom Reichsgericht [9]) wird die Streitfrage in beiden Fällen gleichmäßig behandelt. Da die Höchstbetragshypothek praktisch fast immer für künftige Forderungen bestellt wird, so rechtfertigt sich auch eine Gleichstellung, wenigstens soweit es sich um die künftige Natur der Forderung handelt. Insoweit werde ich mitunter auch allgemein auf die Hypothek für eine künftige Forderung eingehen.

§ 6. Stellung des Gesetzes.

Wenn man bezüglich der Streitfrage zu einer Stellungnahme gelangen will, muß man zunächst feststellen, was das Gesetz sagt. Die Vertreter der ursprünglichen Gläubigerhypothek nehmen den Wortlaut des § 1163 Abs. 1 als wichtiges Argument für ihre Ansicht in Anspruch. [1]) Das Perfektum: „Ist die Forderung . . . nicht zur Entstehung gelangt", soll auf einen feststehenden und abgeschlossenen Zustand hindeuten. Dieser sei aber erst mit der endgültigen Feststellung der Forderungshöhe gegeben und nicht schon während der Schwebezeit. Außerdem stehe nicht im Gesetz „noch nicht" oder „solange", sondern ein Bedingungssatz. Wenn der Gesetzgeber sofort eine Eigentümergrundschuld habe entstehen lassen wollen, so hätte er nur eins jener Worte einzusetzen oder den Absatz 1 wie den Absatz 2 zu fassen brauchen. Daraus, daß er dies nicht getan habe, könne

---

[7]) RG. 75, 245 ff.

[8]) Z. B. Sternberg a. a. O. 429 f.; Mayer a. a. O. 56, 525; Hirsch a. a. O. 236 f.; Lazarus, a. a. O. S. 54; Beck, a. a. O. S. 44 f; Werner, Diss. S. 17, 27; Kretzschmar, a. a. O. S. 38.

[9]) RG. 75, 250; anders früher 51, 43 f., gegenüber 51, 116 ff.

[1]) So Biermann § 1113, Bem. 3a; Goldmann-Lilienthal II, § 80, Anm. 18; Sternberg a. a. O. 404 f.; Kretzschmar a. a. O. S. 48; Werner a. a. O. 19; Eichler, Diss. 57; RG. 51, 117.

man ersehen, daß vor Feststellung keine Eigentümergrundschuld entstehen solle. Gegenüber diesen Ausführungen muß zugegeben werden, daß der Wortlaut des § 1163 Abs. 1 Satz 1 nicht für die Theorie der ursprünglichen Eigentümergrundschuld spricht. Das erkennen deren Vertreter auch großenteils an. [2]) Damit ist aber noch nicht gesagt, daß die Annahme einer sofortigen Eigentümergrundschuld nicht mit dem Gesetz zu vereinen sei. Unbedingt eindeutig für eine ursprüngliche Gläubigerhypothek spricht der Wortlaut auch nicht. Aus dem Gebrauch des Perfektums derartige Schlüsse zu ziehen, scheint mir zu weit zu gehen. Wenn auch das BGB. sich durch eine genaue Ausdrucksweise auszeichnet, so kann man auf die Zeitform doch wohl kaum einen solchen Wert legen. Auch die anderen aus dem Wortlaut gewonnenen Argumente sind m. E. nicht zwingend. Ebenso wenig wie man ohne weiteres ein „noch" einschieben kann zur Erklärung des Sinnes [3]), kann man mit Sicherheit sagen, daß der Gesetzgeber absichtlich das „noch" weggelassen hat. Man muß bedenken, daß der Gesetzgeber die Frage nach dem Entstehen einer Eigentümergrundschuld bei der Höchstbetragshypothek garnicht hat entscheiden wollen, wie daraus hervorgeht, daß in der zweiten Kommission Anträge, die eine ausdrückliche Regelung forderten, abgelehnt wurden. [4]) Deshalb kann man aus dem Wortlaut des § 1163 Abs. 1 Satz 1 keine Folgerungen ziehen; mit ihm sind beide Theorien vereinbar.

Im Zusammenhang damit, daß die Gegner die Anwendbarkeit des § 1163 Abs. 1 Satz 1 auf die Höchstbetragshypothek vor der Feststellung verneinen, erheben sie den Vorwurf gegen die Theorie der ursprünglichen Eigentümergrundschuld, durch sie werde das Anwendungsgebiet der Eigentümergrundschuld in unzulässiger Weise erweitert. Es gebe im BGB. kein allgemeines Prinzip für das Entstehen einer Eigentümergrundschuld, vielmehr seien die einzelnen Fälle vom Gesetz erschöpfend aufgezählt. Eine willkürliche Vermehrung sei deshalb ausgeschlossen. [5])

Richtig ist, daß das BGB. nicht ausdrücklich einen allgemeinen Grundsatz für das Entstehen eines Eigentümerpfandrechts aufstellt, sondern die einzelnen Fälle aufzählt. M. E. ist aber das Anwendungsgebiet des Eigentümerpfandrechts im BGB. so erwei-

---

[2]) So z. B. Ahsbahs, a. a. O. 395; Herold, in ZBFG. 4, 698. Dieser stützt das Entstehen einer Eigentümergrundschuld allerdings nicht auf § 1163 Abs. 1 Satz 1, sondern allein darauf, daß sonst die akzessorische Natur der Hypothek in § 1113 Abs. 2 nicht gewahrt würde.

[3]) So Endemann II, 1 § 116.

[4]) Vgl. Protokolle III, 690 f.

[5]) So z. B. Biermann § 1113, Bem. 3a; Sternberg a. a. O. 412; Eichler a. a. O. 58; Beck a. a. O. 50; Horn a. a. O. 83; Rathenau in Arch. Bürg. R. 17, 200.

tert worden, daß man wohl von einem allgemeinen Prinzip sprechen kann, das dem Gesetz zu Grunde liegt.

Aber auch davon abgesehen ist der Vorwurf unberechtigt. Wie sich aus § 1163 Abs. 1 ergibt, ist Voraussetzung für das Entstehen einer Eigentümergrundschuld die Erfüllung aller Erfordernisse einer Hypothek; nur darf eine Forderung nicht vorhanden sein. Diese Voraussetzungen sind auch bei der Höchstbetragshypothek gegeben. Eine Hypothek ist wirksam bestellt, eine Forderung ist aber in den streitigen Fällen anfänglich zweifellos nicht vorhanden. Die Vertreter der ursprünglichen Gläubigerhypothek glauben allerdings erst dann sagen zu können, daß eine Forderung im Sinne von § 1163 Abs. 1 Satz 1 nicht zur Entstehung gelangt ist, wenn feststeht, daß weitere Forderungen nicht mehr entstehen können. Bei enger Auslegung läßt sich diese Ansicht mit dem Wortlaut des Gesetzes in Einklang bringen; dem Sinne des § 1163 Abs. 1 scheint sie mir nicht zu entsprechen.

Die Gegner führen für ihre Ansicht weiterhin den Wortlaut des § 1113 Abs. 2 an [6]). Das Gesetz gebrauche dort den Ausdruck „Hypothek" für eine künftige Forderung, und damit könne nur das Grundpfandrecht des Abs. 1, d. h. eine Gläubigerhypothek, gemeint sein. Nehme man an, daß die Hypothek bis zum Entstehen der Forderung dem Eigentümer zustehe, so sei sie gemäß § 1177 Abs. 1 Grundschuld und nicht Hypothek. Aehnlich führt Kretzschmar aus [7]), die Beteiligten seien darüber einig, daß der Gläubiger sofort zur Sicherung seiner zukünftigen Forderung eine Hypothek bekommen solle. Ein solches Grundpfandrecht erkläre das Gesetz im § 1113 Abs. 2 für zulässig und bezeichne es auch als Hypothek.

Hiergegen ist zunächst mit Beck [8]) einzuwenden, daß § 1113 Abs. 2 nur von der Möglichkeit der Bestellung einer Hypothek für eine künftige Forderung spricht, aber nichts über die Person des Berechtigten sagt. Zuzugeben ist, daß mit der Bezeichnung „Hypothek" auf das Grundpfandrecht des Absatz 1 verwiesen wird. Das bedeutet jedoch, daß die Hypothek des Abs. 2 der des Abs. 1 gleichstehen und folglich wie diese den Vorschriften des Hypothekenrechtes unterworfen sein soll. Zu diesen Vorschriften gehört aber auch § 1163 Abs. 1, der bei Fehlen einer Forderung die Hypothek dem Eigentümer zustehen läßt.

Güthe [9]) meint, der Annahme einer ursprünglichen Eigentümergrundschuld widerspreche der Umstand, daß das Gesetz die Zulässigkeit der Verbindung einer künftigen Forderung mit dem

---

[6]) So z. B. Biermann a. a. O.; Sternberg a. a. O. 406; Werner a. a. O. 23.

[7]) a. a. O. 37.

[8]) a. a. O. 45.

[9]) Güthe-Triebel, I §22, Anm. 14.

Hypothekenrecht in § 1163 ausgesprochen habe. Daraus sei zu ersehen, daß die Gläubigerhypothek, aber nicht die Eigentümergrundschuld eine Erweiterung erfahren solle. Wie Sternberg [10]) mit Recht hervorhebt, ist hierbei das Verhältnis von § 1113 zu § 1163 verkannt. § 1113 schreibt vor, worüber sich die Parteien zu einigen haben, um eine Belastung des angegebenen Inhalts zu begründen. So muß sich die Einigung darauf erstrecken, daß die aus dem Grundstück zu zahlende Geldsumme zur Befriedigung wegen einer Forderung, sei es einer gegenwärtigen oder einer künftigen (vgl. Abs. 2), zu erfolgen hat. Demgegenüber ist § 1163 eine der gesetzlichen Vorschriften, die auf das im § 1113 gekennzeichnete Recht Anwendung finden. Er regelt nur den Fall, daß bei einer Hypothek eine Forderung nicht vorhanden ist.

Durch einen Vergleich mit dem Fahrnispfandrecht suchen die Vertreter der ursprünglichen Gläubigerhypothek ihre Ansicht zu stützen. [11]) Sie weisen darauf hin, daß sich aus § 1204 Abs. 2 mit § 1209 das sofortige Entstehen eines Gläubigerpfandrechts auch für eine noch nicht entstandene Forderung ergibt. Dies habe auch das Reichsgericht anerkannt, indem es ausführe [12]), die Rückgabe des Pfandes könne erst verlangt werden, wenn die Möglichkeit des Entstehens der Forderung entfallen sei. Denn solange diese noch bestehe, sei die Bestellung des Pfandrechts ein ausreichender Grund für den Besitz der Pfandsache, d. h. wohl für das Bestehen des Pfandrechts, wie Kretzschmar meint. Für eine Gläubigerhypothek, die doch nicht einmal so abhängig von der Forderung sei wie das Fahrnispfandrecht, müsse eine künftige Forderung ebenso gut die Grundlage bilden können. Außerdem gebe es in den §§ 1113 Abs. 2 und 879 die Vorschriften für die Hypothek, die den §§ 1204 Abs. 2 und 1209 entsprechen.

Hierauf ist zu erwidern, daß allgemein ein Vergleich zwischen Fahrnispfandrecht und Hypothek nicht unbedenklich ist, da beide Arten von Belastungen vom Gesetz in mancher Hinsicht verschieden gestaltet sind. In der in Betracht kommenden Frage liegt eine besonders starke Abweichung vor, indem es beim Fahrnispfandrecht an einer dem § 1163 entsprechenden Bestimmung fehlt. Ein Eigentümerpfandrecht gibt es bei beweglichen Sachen nur ausnahmsweise (vgl. § 1256). Daraus folgt die Unhaltbarkeit obiger Ausführungen; denn ein Vergleich mit nicht Vergleichbarem beweist nichts. [13])

---

[10]) a. a. O. 406 f.; ebenso Degenhardt, a. a. O. 28 f.

[11]) So z. B. Biermann a. a. O.; Kretzschmar a. a. O. 38; Sternberg a. a. O. 415 f.;

[12]) RG. in Gruchots Beitr. 56, 995 f.

[13]) Vgl. hierzu Planck § 1163, Bem. 3a; Reinhard in Recht 1918 S. 218.

§ 7. Die Frage der Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung

Aus den bisherigen Darlegungen läßt sich erkennen, daß auf den Wortlaut des Gesetzes allein sich weder die eine noch die andere der erwähnten Ansichten stützen läßt. Es müssen deshalb andere Gesichtspunkte herangezogen werden.

Als einer der Hauptgründe gegen die Annahme einer ursprünglichen Gläubigerhypothek wird vielfach die sog. Akzessorietät der Hypothek geltend gemacht [1]. Bevor man diesen Grundsatz zur Bekämpfung der gegnerischen Meinung anführt, muß man sich darüber klar sein, ob er überhaupt dem geltenden Recht zu Grunde liegt. Zunächst erscheint es mir angebracht, sich für das Recht des BGB. von dem Wort „Akzessorietät" freizumachen. Dieser Begriff stammt aus dem römischen und gemeinen Recht, wo er bedeutete: Ohne Forderung keine Hypothek, und zwar in dem Sinne, daß ohne Forderung überhaupt keine Grundstücksbelastung bestand. Daß eine Akzessorietät in diesem Sinne dem heutigen Rechte nicht bekannt ist, läßt sich nicht bestreiten und wird auch nicht bestritten. Für das geltende Recht wird unter Akzessorietät etwas ganz anderes verstanden. Deshalb dürfte es nur Verwirrung hervorrufen, wenn man den Ausdruck beibehält.

Für das BGB. geht der Streit um die Frage, ob die Hypothek als Gläubigerrecht von der Forderung abhängig ist. [2]) M. E. ist die große Verschiedenheit der Meinungen zum Teil darauf zurückzuführen, daß unklar ist, was man unter „Abhängigkeit" zu verstehen hat. Ich glaube auch nicht, daß sich das Verhältnis der Hypothek zu der Forderung einfach mit einem Schlagwort wie „abhängig" charakterisieren läßt. Es handelt sich darum, aus einer großen Zahl von Gesetzesbestimmungen einen Grundsatz herauszufinden, der aber nicht in einem Wort zusammengefaßt werden kann. Während die §§ 401, 1113 Abs. 1, 1153, 1154 BGB. und 830 ZPO. für die Abhängigkeit der Hypothek sprechen, geht aus vielen anderen Bestimmungen hervor, daß der Zusammenhang zwischen Hypothek und Forderung nur ein sehr loser ist [3]). So wirken z. B. weder Verzug noch Fälligkeit der Forderung von selbst auf die Hypothek. Wenn die Forderung künftig oder bedingt ist, so braucht es die Hypothek deshalb noch nicht zu sein (§ 1113 Abs. 2). Auch bei künftiger Forderung richtet sich der Rang der Hypothek nach der Eintragung (vgl. § 879). Ist die Forderung verjährt, so bleibt die Hypothek trotzdem bestehen (§ 223). Ferner kann die gesicherte Forderung durch

[1]) So z. B. von Endemann, Lehrbuch II, 1, S. 116 Anm. 27; Ahsbahs in Iherings J. 50, 375 ff.; Oertel, Diss. S. 65 f.

[2]) Für Abhängigkeit z. B. Wolff § 132; Planck Vorbem. vor § 1113 Bem. 2a; Turnau-Förster § 1113 Bem. 2; RG. 81, 268 f. Dagegen z. B. Biermann § 1113 Bem. 2b; Oberneck RGBR. § 122 I, 2; Lenhard in Arch. Bürg. R. 35, 400.

[3]) Vgl. hierzu Biermann a. a. O.

eine andere ersetzt (§ 1180) oder die Hypothek ganz von der Forderung getrennt werden, indem sie in eine Grundschuld umgewandelt wird (§ 1198). Schließlich ist es nach § 1138 mit § 892 auch möglich, daß eine Hypothek in der Hand eines gutgläubigen Erwerbers ohne Forderung besteht. Wolff behauptet demgegenüber [4]), es handele sich in diesem Falle nicht mehr um eine Hypothek, diese verwandele sich vielmehr in eine Grundschuld. Dafür fehlt aber die gesetzliche Grundlage. Zu einer Grundschuld kann die Hypothek nur durch rechtsgeschäftliche Umwandlung (§ 1198) oder kraft Gesetzes (z. B. § 1177 Abs. 1) werden.

Angesichts dieser verschiedenartigen Gesetzesbestimmungen scheint es mir undenkbar, eine kurze Formel für das Verhältnis von Hypothek und Forderung zu finden. Die Aufstellung eines Grundsatzes ist auch überflüssig, da die Frage wesentlich theoretischer Natur und für die Rechtsanwendung ohne Bedeutung ist. [5])

Trotzdem ist inhaltlich der gegen die Theorie der ursprünglichen Gläubigerhypothek erhobene Vorwurf, daß sie gegen den Grundsatz der Abhängigkeit der Hypothek verstoße, nicht unbegründet. Wenn es mir auch bedenklich erscheint, allgemein von einer „Abhängigkeit" zu reden, so läßt sich doch soviel sagen, daß die Hypothek als Gläubigerrecht grundsätzlich eine Forderung voraussetzt. Die Richtigkeit dieses Satzes zeigt sich vor allem bei der Geltendmachung der Hypothek. Der Gläubiger, der sich auf sein Recht aus der Hypothek beruft, hat abgesehen von der mit der Eintragung verbundenen Vermutung stets neben dem dinglichen Recht auch das Bestehen der Forderung darzutun. Bei der Verkehrshypothek kann gemäß § 1138 in der Hand eines gutgläubigen Erwerbers allerdings eine Gläubigerhypothek auch ohne Forderung bestehen. Bei der Sicherungshypothek und damit auch bei der Höchstbetragshypothek fällt dieser Ausnahmefall jedoch fort (§ 1185 Abs. 2). Der Vorwurf, daß die gegnerische Ansicht zur Annahme einer forderungslosen Gläubigerhypothek führt, ist also durchaus berechtigt und zeigt die Unmöglichkeit jener Auffassung.

Dieses Bedenken gegen ihre Ansicht erkennen die Gegner auch großen Teils an, und sie versuchen durch verschiedenartige Konstruktionen die der Gläubigerhypothek fehlende Forderung zu ersetzen. Hierher gehört z. B. der schon oben bei der Darstellung des gemeinen Rechts genannte Versuch Grünhuts u. Wilh. Endemanns, die an Stelle der Forderungen das Kreditverhältnis als gesichert ansehen wollen. [6]) Diese Auffassung ist mit dem

---

[4]) Wolff, § 137 II, 3; § 132 Anm. 3.

[5]) So mit Recht RGRäte Kommentar § 1113 Bem. 5; Biermann § 1113 Bem. 2 b.

[6]) Siehe oben § 3 S. 18; für das heutige Recht ähnlich Kretzschmar, Einführung I, 413; Sachenrecht § 1190, Bem. 6 a.

Gesetz nicht zu vereinen; denn das Gesetz läßt eine Hypothek nur zu zur Sicherung von Forderungen, ja es verlangt sogar Geldforderungen, wie aus § 1115 hervorgeht.

Das Reichsgericht folgert in einer älteren Entscheidung [7]) aus dem zum gesetzlichen Begriff der Höchstbetragshypothek gehörenden Vorbehalt der Feststellung der Forderung ein „Recht des Gläubigers auf Feststellung nach Maßgabe des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses". Dieses Recht will es scheinbar während des Fehlens einer Forderung an deren Stelle treten lassen. Wie ein solches Recht die vom Gesetz verlangte Geldforderung ersetzen soll, ist jedoch nicht ersichtlich. [8])

Beck [9]) will die künftige Forderung der Hypothek als Grundlage dienen lassen. Er meint, daß Gesetz erkenne im § 1113 Abs. 2 ausdrücklich an, daß eine künftige Forderung eine genügende obligatorische Grundlage bilde nicht nur für die Entstehung einer dinglichen Belastung, sondern auch für die einer Gläubigerhypothek; denn die künftige Forderung werde in jeder Beziehung derjenigen des Absatz 1 gleichgestellt. Auch dieser Ansicht vermag ich nicht zu folgen; denn die Tatsache einer forderungslosen Gläubigerhypothek wird durch sie nicht beseitigt. M. E. liest Beck aus § 1113 Abs. 2 zu viel heraus. Das Gesetz sagt dort nur, daß für eine künftige Forderung eine Hypothek bestellt werden kann, die sich jedoch wie jede Hypothek nach den Vorschriften des Hypothekenrechts richtet. Deshalb ist sie auch Eigentümergrundschuld gemäß den §§ 1163 Abs. 1, 1177 Abs. 1, wenn eine Forderung fehlt. Wenn das Gesetz die künftige Forderung als genügende Grundlage für eine Gläubigerhypothek anerkennen wollte, so hätte es dazu einer Fiktion bedurft; denn eine künftige Forderung ist im gegenwärtigen Augenblick noch keine „Forderung", sie müßte denn als eine bestehende im Sinne des Abs. 1 „gelten". Eine solche Fiktion aus § 1113 Abs. 2 herauszulesen, geht aber zu weit.

Der Vorwurf, daß die gegnerische Meinung zu einer forderungslosen Gläubigerhypothek führt, ist demnach aufrecht zu erhalten.

§ 8. Die rechtliche Stellung des Eigentümers.

Wir wollen uns nunmehr den Auswirkungen der beiden Theorien zuwenden und feststellen, welche Theorie in ihren Folgen als brauchbarer erscheint. Wenn wir zunächst die rechtliche Stellung des Eigentümers betrachten, so erhebt sich vorweg die Frage, welcher Eigentümer Berechtigter der gemäß § 1163 Abs. 1 Satz 1 entstehenden Eigentümergrundschuld sein soll, der Besteller der Hypothek oder der Eigentümer zur Zeit der Feststellung.

Nimmt man an, die Hypothek stehe bis zur Feststellung dem Gläubiger zu und gehe erst dann auf den Eigentümer über, so

---

[7]) RG. 51, 117 f.

[8]) Vgl. hierzu Hirsch a. a. O. 237.

[9]) a. a. O. S. 49; ähnlich Goldmann-Lilienthal II § 80, Anm. 18.

muß man folgerichtig auch den Eigentümer zur Zeit der Feststellung als Berechtigten ansehen. Diese Folgerung ist vereinzelt und vorübergehend tatsächlich gezogen worden [1]) mit der zutreffenden Begründung, daß es eine auffallende Ungenauigkeit des Gesetzes sein würde, wenn es unter „Eigentümer" im § 1163 Abs. 1 Satz 1 eine Person verstände, die garnicht (mehr) Eigentümer sei. Wie unhaltbar diese Ansicht ist, zeigt sich z. B. darin, daß einem Erwerber des Grundstücks, dem wohl in den meisten Fällen die Höchstbetragshypothek auf den Kaufpreis angerechnet wird, ohne jegliche Gegenleistung eine Eigentümergrundschuld zufallen würde, weil in der Person des Bestellers oder des persönlichen Schuldners, der naturgemäß mit diesem in Beziehung steht, eine Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist. Es herrscht heute auch Uebereinstimmung darüber, daß die Eigentümergrundschuld nach § 1163 Abs. 1 Satz 1 nur dem Besteller der Hypothek zustehen kann. Vom Standpunkt der ursprünglichen Gläubigerhypothek aus ist dieses Ergebnis aber schwer zu begründen. Einige suchen es durch eine Fiktion der Rückwirkung zu erreichen [2]). Wie Mayer zutreffend hervorhebt [3]), bedeutet Rückwirkung den „Eintritt einer Rechtswirkung, die sich nicht nur auf die Zukunft bezieht, sondern so behandelt wird, als sei sie schon in einem bestimmten Zeitpunkt der Vergangenheit eingetreten". Soll eine Rechtswirkung auf einen zurückliegenden Zeitpunkt bezogen werden, so ist dazu eine Fiktion erforderlich; denn es wird etwas angenommen, fingiert, was den tatsächlichen Verhältnissen nicht entspricht. Darüber sind sich die Verfechter der Rückwirkung auch klar. Biermann [4]) meint aber, das BGB. brauche selbst an einigen Stellen die Fiktion der Rückwirkung, deshalb könne sie auch von der Rechtslehre im Interesse der Billigkeit verwertet werden. Diese Ansicht dürfte kaum zutreffen. Wenn die Wissenschaft willkürlich mit Fiktionen arbeiten dürfte, so könnte sie bald das ganze Gesetz illusorisch machen. Sternberg [5]) glaubt, eine Anordnung der Rückwirkung im Gesetz gefunden zu haben. Er betont den Gegensatz von § 1163 Abs. 1 Satz 1 einerseits und Satz 2 andererseits. Dort sagt das Gesetz „steht zu", hier „erwirbt". Durch den Ausdruck „erwirbt" deute das Gesetz an, daß der Eigentümer für die Zukunft Berechtigter der Hypothek sein solle. Wenn es dagegen in § 1163 Abs. 1 Satz 1 heiße „steht zu", so komme damit zum

[1]) So Reinhard in Recht 02, 32; Kretzschmar, Einführung I, 413 f. Beide haben die Ansicht später aufgegeben. Vgl. Reinhard in ZBFG. 4, 462; Kretzschmar in ZBFG. 4, 627.

[2]) So z. B. Biermann § 1113, Bem. 3a; Goldmann-Lilienthal II § 80, Anm. 18a; Sternberg in Jherings J. 62, 430, Anm. 25; 440 ff.

[3]) In Gruchots Beitr. 56, 524 im Anschluß an Hellwig, Grenzen der Rückwirkung S. 25 ff.

[4]) a. a. O.

[5]) a. a. O. 440 f.; ähnlich Beck a. a. O. S. 33 f,

Ausdruck, daß der Erwerb der Hypothek sich auch auf die Vergangenheit erstrecken solle. Sonst habe die verschiedene Fassung keinen Sinn. Dieser Auffassung ist zuzugeben, daß die unterschiedliche Ausdrucksweise nicht ohne Bedeutung ist. Sie deutet darauf hin, daß im Falle des Satz 1 die Hypothek von vornherein dem Eigentümer zustehen soll und nicht etwa vorher dem Gläubiger, während nach Satz 2 zunächst der Gläubiger der Berechtigte sein soll und erst später der Eigentümer die Hypothek erwirbt. Dies ist das Ergebnis, zu dem auf natürliche Weise die Annahme einer ursprünglichen Eigentümergrundschuld führt. Da Sternberg aber nun einmal für eine sofortige Gläubigerhypothek eintritt, so braucht er den Ausweg der Fiktion. Diesen Ausweg halte ich aber nicht für möglich. Eine Fiktion muß mit ausdrücklichen Worten im Gesetz stehen, aus der verschiedenen Fassung von Rechtssätzen allein läßt sie sich nicht entnehmen.

Einer der Hauptgründe für die Annahme einer ursprünglichen Gläubigerhypothek ist der gewesen, daß im Falle einer ursprünglichen Eigentümergrundschuld der Gläubiger schutzlos der Willkür des Eigentümers preisgegeben sei [6]). Hierbei handelt es sich im wesentlichen um einen Vorwurf gegen die Theorie der ursprünglichen Eigentümergrundschuld. Hauptsächlich zwei Bedenken sind gegen sie vorgebracht worden [7]):

1. Das Recht des Gläubigers könne durch anderweitige Verfügungen des Eigentümers über seine Eigentümergrundschuld bezw. durch Pfändungen von seiten der Gläubiger des Eigentümers zunichte gemacht werden.

2. Der Eigentümer könne sofort Berichtigung des Grundbuches verlangen (§ 894) und auf diese Weise verhindern, daß die Eigentümergrundschuld sich mit Entstehen der Forderung in eine Gläubigerhypothek verwandele.

Wenn diese beiden Folgerungen aus der Theorie der ursprünglichen Eigentümergrundschuld tatsächlich gezogen werden müßten, so würde damit allerdings erwiesen sein, daß sie praktisch unbrauchbar ist. Von einer Gefährdung des Gläubigerrechts kann aber m. E. bei ihr keine Rede sein. Nur wenn eine sofortige, endgültige und unbeschränkte Eigentümergrundschuld bestehen würde, könnte man von einer Gefahr für den Gläubiger sprechen. Das Wesen der Höchstbetragshypothek, bei der eine endgültige Entscheidung über den Berechtigten des Grundpfandrechts erst mit der Feststellung erfolgt, bringt es mit sich, daß die Eigentümergrundschuld während der Schwebezeit nur ein vorläufiges oder bedingtes Recht sein kann. Darüber sind sich alle Verfechter der ursprünglichen Eigentümergrundschuld grundsätzlich einig. Ueber

[6]) Vgl. besonders die Praxis z. B. OLG. 4, 74 f.; 4, 378; ferner Werner Diss. S. 34; Hirsch in Arch. Bürg. R. 25, 236.

[7]) Vgl. Ahsbahs in Iherings J. 50, 398, Werner a. a. O.; Eichler Diss. S. 58.

die rechtliche Natur dieser beschränkten Berechtigung des Eigentümers gehen die Meinungen allerdings sehr auseinander.

Endemann [8]) nimmt zwar eine endgültige Eigentümergrundschuld an, beschränkt diese aber durch ein vormerkungsähnliches „Wartrecht" des Gläubigers. Dieses Wartrecht soll sich darin äußern, daß der Gläubiger infolge der Eintragung ein unwiderrufliches Recht auf Erwerb der Hypothek hat, ferner daß alle Verfügungen des Eigentümers derart dinglich gebunden sind, daß sie unwirksam werden, soweit sie das durch Entstehung der Forderung in das Vollrecht übergehende Wartrecht des Gläubigers beeinträchtigen würden. Endemann braucht diese Konstruktion einer endgültigen, nur beschränkten Eigentümergrundschuld, weil er die Eigentümergrundschuld als eine besonders ausgeprägte Gestaltung des Eigentumsrechts ansieht und das Eigentum weder vorläufig noch bedingt sein kann (vgl. § 925 Abs. 2). Deshalb nennt er auch die Eigentümergrundschuld nicht vorläufig, sondern „transitorisch".

Oertel [9]) überträgt den schon oben erwähnten Gedanken Iherings von der Gebundenheit einer für eine künftige Forderung verpfändeten Sache auf das geltende Recht. Mit der „gebundenen" Eigentümergrundschuld soll der Eigentümer ebenso verfahren können wie mit jeder anderen Eigentümergrundschuld. Nur ergibt sich aus der Gebundenheit, daß die Post auf den Gläubiger übergeht, so weit eine Forderung entsteht, und daß gegenüber diesem Uebergang alle Verfügungen, die über die Eigentümergrundschuld getroffen worden sind, unwirksam sind.

Etwas anders konstruiert Hirsch [10]); er schafft einen eigenartigen Begriff der „vorläufigen Eigentümergrundschuld". Auch er geht von der Ihering'schen Lehre aus und sieht in der vorläufigen Eigentümergrundschuld einen Fall der Erscheinung, daß „ein in der Entstehung begriffenes Recht bereits vor der Vollendung seines gesetzlichen Tatbestandes Wirkungen äußert" [11]). Der Eigentümer habe eine Anwartschaft auf eine endgültige Eigentümergrundschuld und der Gläubiger eine solche auf eine endgültige Gläubigerhypothek. Einen entsprechenden Fall findet Hirsch in der Schwebezeit vor dem Eintritt bezw. endgültigen Ausfall einer aufschiebenden Bedingung. Deshalb wendet er auch § 161 zum Schutze des Gläubigers entsprechend an.

Alle diese Ansichten, die nur Abwandlungen desselben Grundgedankens sind, nämlich die Eigentümergrundschuld zu Gunsten des Gläubigers zu beschränken, scheinen mir etwas künstlich konstruiert zu sein. Auch entbehren sie einer Stütze im Gesetz. Einfacher ist die Auffassung, daß die Eigentümergrundschuld durch das

---

[8]) II, 1 § 116 Z. 5; besonders Anm. 32.
[9]) a. a. O. S. 72 ff.; ebenso Gierke II S. 926.
[10]) In Arch. Bürg. R. 25, 237 ff.
[11]) a. a. O. 238.

Entstehen der Forderung auflösend bedingt und umgekehrt die Gläubigerhypothek aufschiebend bedingt ist [12]. Dies ist nicht so zu denken, daß durch Parteiwillen die Bedingung gesetzt würde; vielmehr knüpft das Gesetz das Entstehen der Gläubigerhypothek an die Bedingung, daß eine Forderung besteht. Haben wir somit eine aufschiebend bedingte Gläubigerhypothek, so ist es nur folgerichtig, eine ebenfalls, aber entgegengesetzt bedingte Eigentümergrundschuld anzunehmen. Auf Grund dieser Auffassung lassen sich alle streitigen Fragen in befriedigender Weise lösen. Der Eigentümer kann schon vor der Feststellung über seine Eigentümergrundschuld verfügen, seine Gläubiger können sie pfänden; beides unter der auflösenden Bedingung, daß keine Forderungen mehr entstehen. Andererseits ist aber auch der Gläubiger geschützt, da § 161 Abs. 1 entsprechende Anwendung findet. Einige wollen diese Bestimmung unmittelbar anwenden [13]. Dabei übersehen sie aber, daß in unserem Falle die Bedingung nicht von den Parteien, sondern durch Rechtsvorschrift gesetzt ist. Da die Möglichkeit einer entsprechenden Anwendung vielfach bestritten wird [14], muß etwas näher auf die Frage eingegangen werden. Eine entsprechende Anwendung ist nur da möglich, wo entsprechende Verhältnisse vorliegen. Diese sind hier gegeben, da wir das Entstehen der Forderung als Rechtsbedingung der Gläubigerhypothek ansehen können. Eine Rechtsbedingung ist ein zukünftiger, ungewisser Umstand, von dessen Eintritt kraft besonderer gesetzlicher Vorschrift die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts abhängt [15]. Die Abgrenzung der Begriffe der Rechtsbedingung und des Geschäftstatbestandes ist schwer. Eine Rechtsbedingung liegt nur dann vor, wenn der Tatbestand des Rechtsgeschäfts schon gegeben ist, wenn die „konstitutiven, rechtschaffenden Tatsachen" eingetreten sind und nur noch eine Voraussetzung fehlt, unter der jene Tatsachen ihre Wirkung erreichen können [16]. Es besteht m. E. kein Bedenken, das Entstehen der Forderung als Rechtsbedingung in diesem Sinne zu betrachten. Der Tatbestand der Hypothekenbestellung ist gegeben, Einigung und Eintragung sind erfolgt, die Belastung ist entstanden. Die Wirksamkeit des dinglichen Rechts als Gläubigerhypothek hängt aber noch ab von dem Entstehen der Forderung. Es fragt sich nur, ob man dieses als einen zukünftigen, ungewissen Umstand ansehen kann. Dies zu bezweifeln, sehe ich keinen Anlaß. Man denke nur

---

[12]) So auch Planck § 1190 Bem. 6; § 1177 Bem. 4c, RGRäte Komm. § 1190 Bem. 1; Ahsbahs a. a. O. 398; Mayer in Gruchots Beitr. 56, 525; Herold in ZBFG. 4, 696; Fuchs I § 1190 Anm. 11; Degenhardt, Diss. S. 48; RG. 75, 250 f.

[13]) So Ahsbahs a. a. O.; Herold a. a. O.

[14]) So z. B. von Oertel a. a. O. S. 63; Werner a. a. O. S. 34; Degenhardt a. a. O. S. 48.

[15]) So Enneccerus, Allg. Teil § 181 II, 2a.

[16]) Vgl. Oertmann, Allg. Teil Vorbem. vor § 104 6c ß.

an ein Kreditverhältnis, bei dem das Entstehen von Forderungen doch ganz unbestimmt ist. Einer entsprechenden Anwendung von § 161 steht also nichts im Wege. Verfügungen, die der Eigentümer vor Entstehen der Forderung über seine Eigentümergrundschuld trifft, sind demnach unwirksam, soweit sie das Recht des Gläubigers beeinträchtigen würden. Ebenso verhält es sich mit Pfändungen durch Gläubiger des Eigentümers (vgl. § 161 Abs. 1 Satz 2). Von einer Gefährdung des Gläubigers der Höchstbetragshypothek kann daher keine Rede sein.

Wie steht es nun mit dem zweiten Bedenken gegen die Annahme einer ursprünglichen Eigentümergrundschuld, dem Berichtigungsanspruch des Eigentümers? Einige suchen den Berichtigungsanspruch zu verneinen, indem sie behaupten, das Grundbuch sei nicht unrichtig; der Eintrag stimme mit der wahren Rechtslage überein [17]). Aus der Eintragung einer Höchstbetragshypothek gehe hervor, daß die Hypothek, soweit eine Forderung vorhanden sei, dem Gläubiger, im übrigen dem eingetragenen Eigentümer zustehe. Hiergegen ist zu sagen, daß aus dem Eintrag jeder Hypothek zu ersehen ist, daß sie in Höhe der vorhandenen Forderung Gläubigerhypothek, im übrigen Eigentümergrundschuld ist. Trotzdem wird man bei der gewöhnlichen Hypothek nicht zögern, das Grundbuch im Falle des Fehlens einer Forderung unrichtig zu nennen. Warum bei der Höchstbetragshypothek? Etwa deshalb, weil bei ihr nur der Höchstbetrag eingetragen und aus diesem Grunde das Vorhandensein einer Eigentümergrundschuld wahrscheinlicher ist? Dieser Unterschied liegt nur in der größeren bezw. geringeren Wahrscheinlichkeit. Daß eine Eigentümergrundschuld wirklich besteht und vor allem in welcher Höhe, ist aus dem Grundbuch nicht zu ersehen. Es ist also daran festzuhalten, daß bei Fehlen einer Forderung das Grundbuch unrichtig ist. Deshalb steht dem Eigentümer gemäß § 894 der Berichtigungsanspruch zu.

Dies nimmt auch Wolff an [18]). Aus der Erwägung heraus, daß durch die Berichtigung die Eigentümergrundschuld so verstärkt würde, daß sie sich nicht mehr von selbst in eine Gläubigerhypothek verwandeln könne, gibt er aber dem als Hypothekengläubiger Eingetragenen eine Einrede gegen den Berichtigungsanspruch, wenn er ein Recht auf Erwerb der Hypothek habe. Ein solches Recht soll bei den meisten Hypotheken gegeben sein, weil der Eigentümer sich regelmäßig zur Bestellung verpflichtet habe. Wolff motiviert seine Auffassung mit der angegebenen Gefahr für den Gläubiger. Diese besteht aber nicht, da es sich nur um eine auflösend bedingte Eigentümergrundschuld handelt, die mit Entstehen der Forderung sich in eine Gläubigerhypothek verwandelt. Außerdem erscheint es mir bedenklich, die Möglichkeit der Berichtigung deshalb auszuschließen, weil zwar regelmäßig, aber nicht not-

---

[17]) So Gierke II S. 926 Anm. 27; Ahsbahs a. a. O. 398; Oertel a. a. O. S. 90 ff.

[18]) § 153 III und § 145 II; vgl. auch Planck § 1190 Bem. 6a.

wendig, dem Berichtigungsanspruch eine Einrede entgegensteht [19]). Damit gibt Wolff zu, daß es auch Fälle gibt, in denen eine Berichtigung des Grundbuchs stattfinden kann.

Die Zulässigkeit des Berichtigungsanspruchs wird von der Recht sprechung [20]), aber auch von einer großen Zahl von Schriftstellern [21]) deshalb verneint, weil die auflösend bedingte Eigentümergrundschuld der Eintragung im Grundbuch nicht fähig sei. Das Reichsgericht hat diese Ansicht für die auflösend bedingte Eigentümergrundschuld in einem Beschluß vom 1. März 1911 ausgesprochen [22]), ohne sie jedoch näher zu begründen. Es verweist vielmehr auf einen älteren Beschluß [23]), der jedoch von einer künftigen Eigentümergrundschuld spricht. In diesem führt es aus, der Hauptzweck der Grundbucheinrichtung sei, „auf sicherer Grundlage bestimmte und sichere Rechtsverhältnisse für unbewegliche Sachen zu schaffen und zu erhalten“ [24]). Dieser Zweck sei nur zu erreichen, wenn man die Zahl der eintragbaren Rechtsverhältnisse beschränke. Mit diesen Sätzen ließe sich die Eintragung solcher höchstbedingter Rechte, wie der künftig vielleicht entstehenden Eigentümergrundschuld, nicht vereinen. Die von der Grundbuchgesetzgebung erstrebte Kürze, Einfachheit und Uebersichtlichkeit werde sonst aufgehoben und Verwirrung und Undeutlichkeit herbeigeführt. Wenn man die Eintragung der künftigen Eigentümergrundschuld zulasse, so müsse man auch Verfügungen über diese für eintragbar halten. Die Folge würde sein, daß zu künftigen Verfügungen über die betreffenden Hypotheken selbst bezw. zu deren Löschung die Zustimmung der bedingt Berechtigten nach § 876 BGB. und §§ 19, 21 GBO. nötig wäre. Alles dieses würde eine höchst nachteilige Rechtsverwirrung nach sich ziehen. Vor allem aber spreche der § 40 Abs. 1 GBO. gegen die Eintragbarkeit; denn dort sei von dem „Berechtigten“ die Rede, darunter müsse aber unzweifelhaft ein endgültig und bestimmt, aber nicht nur eventuell Berechtigter verstanden werden.

Diese Begründung scheint mir für die künftige Eigentümergrundschuld durchaus zutreffend zu sein [25]). Bedenklich dagegen

---

[19]) Ob eine Einrede der genannten Art gegen den Berichtigungsanspruch überhaupt zulässig ist, wird bestritten. Für Zulässigkeit z. B. Planck § 894 Bem. 6; Wolff § 46 IV, 1; dagegen z. B. Biermann § 894 Bem. 2e.

[20]) RG. 75, 250 mit 61, 374 ff.; 72, 274 ff.; RG. in Recht 1918 Nr. 1542.

[21]) Z.B. Planck § 1190 Bem. 6a η; Reinhard in Recht 1918 S. 217; Lazarus a. a. O. S. 55 f.

[22]) RG. 75, 245 ff.,

[23]) RG. 61. 374 ff.

[24]) RG. 61, 377.

[25]) Auch die künftige Eigentümergrundschuld halten für eintragbar: Güthe in ZDNotV. 06, 745 ff.; Oberneck in Gruchots Beitr. 50, 576 ff.

ist es, sie für die auflösend bedingte Eigentümergrundschuld aufrecht zu erhalten, wie es das Reichsgericht tut. Denn bei dieser haben wir es nicht mit einem künftig vielleicht entstehenden, sondern mit einem gegenwärtigen Recht zu tun, das nur auflösend bedingt ist[26]). Daß auch das Reichsgericht die Eintragung der gegenwärtigen Eigentümergrundschuld für möglich hält, geht, wie Mayer mit Recht betont[27]), aus folgenden Worten des angeführten Beschlusses hervor: „So wird es denn dem Eigentümer oder auch seinem Vollstreckungsgläubiger gestattet sein, auf Grund Nachweises durch öffentliche Urkunden die Einschreibung von Verfügungen oder Pfändungen bei wirklich schon entstandenen Eigentümerhypotheken zu erwirken, weil hier eben der Vorberechtigte, der Eigentümerhypothekar, als eintragungsfähig bestimmt nachgewiesen ist; aber die Eintragungsfähigkeit des künftigen, etwaigen Eigentümerhypothekars . . . ist ebenso entschieden zu verneinen“[28]). Der Gegensatz zwischen gegenwärtigen und künftigen Eigentümerpfandrechten wird hier deutlich hervorgehoben.

Wenn das Reichsgericht die Eintragung der auflösend bedingten Eigentümergrundschuld als unvereinbar mit dem Wesen und Zweck der Grundbucheinrichtung bezeichnet, so vermag ich dem nicht beizupflichten. Das Grundbuch soll die bestehenden rechtlichen Verhältnisse des Grundstücks nach außen hin kenntlich machen. Diesen Zweck würde es aber schlecht erfüllen, wenn es die vielleicht in voller Höhe der eingetragenen Höchstbetragshypothek bestehende Eigentümergrundschuld nicht bezeichnen dürfte. Gegen den Vorwurf der Unübersichtlichkeit wendet Güthe mit Recht ein[29]), das durch die moderne Rechtsentwicklung bedingte Aussehen des Grundbuchs veranlasse infolge der zahlreichen und verschiedenartigen Eintragungen, daß nicht nur Laien, sondern auch rechtskundige Personen sich nur schwer darin zurechtfinden. Demgegenüber kann eine hier und da vorkommende, sich auf eine auflösend bedingte Eigentümergrundschuld beziehende Eintragung nicht ins Gewicht fallen. Wenn man überhaupt bedingte Rechte für eintragbar hält, so liegt kein Grund vor, hier eine Ausnahme zu machen. Wenn das Reichsgericht meint, bei späteren Verfügungen über die Hypothek selbst sei die Zustimmung der bedingt Berechtigten nach § 876 BGB., §§ 19, 21 GBO. notwendig, so möchte ich dem entgegen halten, daß diese „bedingt Berechtigten“, wie Erwerber oder Pfändungsgläubiger, doch nur ein Recht an der auflösend bedingten Eigentümergrundschuld haben, nicht aber an der Gläubigerhypothek. Ihr Recht vermag die Gläubigerhypothek nicht zu berühren. Deshalb ist auch ihre Zustimmung zu Verfügungen

---

[26]) Für Eintragbarkeit auch RGRäte Kommentar § 1190 Bem. 1; Mayer in Gruchots Beitr. 56, 528 ff.; Beck a. a. O. 109 ff.

[27]) a. a. O. 528.

[28]) RG. 61, 380.

[29]) a. a. O. S. 748.

des Gläubigers über sein Recht nicht erforderlich. Gegenüber dem Argument, daß in § 40 Abs. 1 GBO. ein endgültig und bestimmt, und nicht nur ein eventuell Berechtigter gemeint sei, ist zu bemerken, daß der Eigentümer bezüglich seiner Eigentümergrundschuld ein bestimmter Berechtigter ist, wenn sein Recht auch noch nicht endgültig ist. Ist aber das Recht des eingetragenen Gläubigers der Höchstbetragshypothek etwa in höherem Maße endgültig und bestimmt?

Zusammenfassend ist festzustellen, daß man die auflösend bedingte Eigentümergrundschuld für eintragbar halten muß, wenn dadurch auch das Grundbuch noch mehr als sonst mit Eintragungen belastet wird. Dieses Ergebnis scheint mir auch die Billigkeit zu fordern. Würde man die Eintragungsfähigkeit verneinen, so hätte es keinen Zweck, Verfügungen und Pfändungen hinsichtlich der auflösend bedingten Eigentümergrundschuld zuzulassen, da sie an dem nicht erfüllbaren Erfordernis der Eintragung scheitern würden. Daß aber die mitunter bedeutenden Vermögenswerte, die, verdeckt durch den Eintrag einer Hypothek, dem Eigentümer in Gestalt einer Eigentümergrundschuld zustehen, dem Zugriff seiner Gläubiger nicht entzogen werden dürfen, dafür spricht eine unabweisbare wirtschaftliche Notwendigkeit. In der Praxis werden derartige Pfändungen von Eigentümergrundschulden meist nur dann vorkommen, wenn das übrige Vermögen des Eigentümers keine greifbaren Objekte mehr enthält. Gerade in diesen Fällen wäre es ungerecht, die Eigentümergrundschuld vor Pfändungen zu bewahren. Dem Eigentümer würde sich sonst die Möglichkeit bieten, auf dem Wege einer nichtvalutierten Höchstbetragshypothek bedeutende Werte seinen Gläubigern zu entziehen.

§ 9. Die rechtliche Stellung des Gläubigers.

Durch die Annahme einer gesetzlich auflösend bedingten Eigentümergrundschuld ist der Gläubiger der Höchstbetragshypothek vor Verfügungen des Eigentümers und Pfändungen von seiten der Gläubiger des Eigentümers in hinreichendem Maße geschützt, wie wir in den vorstehenden Ausführungen gesehen haben. Zu seiner Sicherung bedarf es also nicht der Annahme einer ursprünglichen Gläubigerhypothek. Diese erscheint sogar sinnlos, da sie dem Gläubiger vor Entstehen der Forderung keinerlei Rechte gibt. Während der Schwebezeit kann der Gläubiger nichts mit der Hypothek anfangen. Will er das Grundstück zur Zwangsversteigerung bringen oder in einer von einem Dritten betriebenen Zwangsversteigerung den auf die Hypothek entfallenden Erlös liquidieren, so muß er stets den Nachweis für das Bestehen einer Forderung erbringen. Da es sich um eine Sicherungshypothek handelt, kann er sich nicht auf das Grundbuch berufen; denn die Vermutung des § 891 spricht nur für das Bestehen des dinglichen Rechts, nicht für das der Forderung (§ 1184 Abs. 1, § 1185 Abs. 2). Vor Entstehung der Forderung entbehrt das Gläubigerrecht also jeder positiven Wir-

kung. Denselben Gedanken hat auch das Reichsgericht, wenn es sagt, ein „materielles Hypothekenrecht" erlange der Gläubiger erst mit Entstehung der Forderung[1]).

Hiergegen bemerkt Sternberg[2]), aus dem Vorhandensein einer dilatorischen Einrede, der Einrede des Fehlens der Forderung, gegenüber der hypothekarischen Klage könne noch nicht gefolgert werden, daß dem Gläubiger die Hypothek überhaupt nicht zustehe; umso weniger, als selbst bei Bestehen einer peremptorischen Einrede der Gläubiger die Rechte aus der Hypothek behalte und nur verpflichtet sei, auf sie zu verzichten (vgl. §§ 1169, 1168). Dieser Einwand übersieht zunächst, daß das Gläubigerrecht bei der Hypothek eine Forderung voraussetzt, was Sternberg garnicht leugnet[3]). In diesem Zusammenhang kommt es mir aber nur darauf an, festzustellen, daß die sofortige Gläubigerhypothek für den Gläubiger sinnlos ist, und dagegen vermag der Einwand nichts zu sagen; denn auch nach Sternberg kann der Gläubiger seine angeblichen Rechte nicht geltend machen.

Kretzschmar behauptet[4]), die forderungslose Gläubigerhypothek sei keineswegs inhaltlos. Er gibt zwar zu, daß der Gläubiger nicht die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betreiben kann, meint aber, darin erschöpfe sich nicht der Inhalt der Hypothek. Diese habe auch eine „werterhaltende Funktion", die in den §§ 1134, 1135 zum Ausdruck komme, und diese stehe dem Gläubiger auch schon während der Schwebezeit zu. Mit ausführlicher Begründung tritt auch Eichler für diese Ansicht ein[5]). Er sieht kein Bedenken, die Befugnisse der §§ 1133—35, deren Inhalt er als „hypothekarisches Haftungsrecht" bezeichnet, schon vor Bestehen der Forderung dem Gläubiger zuzusprechen. Der Zweck dieser Bestimmungen, das Grundstück in einem zur Sicherung der Hypothek geeigneten Zustand zu erhalten, erfordere dies sogar. Tatsächlichen Verschlechterungen des Grundstücks gegenüber sei der Gläubiger sonst machtlos. Wenn man diese Befugnisse dem Gläubiger nicht zuerkenne, so sei eine Hypothek für eine künftige Forderung als Rechtsinstitut überflüssig, da die übrigen Wirkungen auch von einer Vormerkung erzeugt würden.

Diese Ansicht hat für sich, daß sie dem Gläubiger eine angemessene Sicherung verschafft. Trotzdem läßt sie sich nicht halten, und zwar deshalb, weil die Befugnisse der §§ 1133—35 auch aus dem Hypothekenrecht entspringen und der Gläubiger Rechte aus seiner Hypothek nur hat, wenn ihm auch die gesicherte Forderung zusteht. Am deutlichsten zeigt sich dies bei der Geltendmachung. Würde der Gläubiger z. B. aus § 1134 auf Unter-

---

[1]) RG. 51, 44.

[2]) In Jherings J. 62, 413 f.

[3]) a. a. O. 413 Anm. 8.

[4]) In ZBFG. 15, 39; 14, 603; ebenso Werner, Diss. S. 32.

[5]) Diss. S. 40 ff.

lassung klagen, so müßte er, wie schon oben dargelegt, den Bestand der Forderung nachweisen[6]). Da er diesen Beweis nicht zu erbringen vermag, kann er mit seiner Klage nicht durchdringen. Wie sich Kretzschmar und Eichler mit dieser Tatsache abfinden, geht aus ihren Ausführungen nicht hervor. Mir scheint sie deutlich zu zeigen, daß dem Gläubiger vor Entstehung der Forderung auch die Befugnisse der §§ 1133—35 nicht zustehen können.

Wir sehen also, daß die Annahme einer ursprünglichen Gläubigerhypothek lediglich den Sinn hat, den Gläubiger vor Verfügungen des Eigentümers zu schützen. Diesen Zweck erfüllt auch die Theorie der ursprünglichen Eigentümergrundschuld in hinreichendem Maße.

Auch den Belangen des Eigentümers trägt diese Theorie in befriedigender Weise Rechnung. Nimmt man dagegen eine ursprüngliche Gläubigerhypothek an, so hat der Gläubiger von Anfang an ein unbedingtes Verfügungsrecht. Darin liegt eine Gefahr für den Eigentümer; denn es besteht die Möglichkeit, daß der Gläubiger über die Hypothek in einem höheren Betrage verfügt, als sie ihm nach der endgültigen Feststellung zusteht. Ein Teil der Hypothek würde auf diese Weise unberechtigt dem Eigentümer durch die Willkür des Gläubigers entzogen. Beck[7]), der nicht uneingeschränkt die Theorie der ursprünglichen Gläubigerhypothek vertritt, will diese Gefahr dadurch beseitigen, daß er, wie schon oben erwähnt, die künftige Forderung als Grundlage für die Gläubigerhypothek ansieht. Wenn sich bei der Feststellung ergibt, daß die Forderung nicht oder nicht in voller Höhe entstanden ist und daß infolgedessen von vornherein eine Eigentümergrundschuld bestanden hat, so sollen alle Verfügungen des Gläubigers hinsichtlich des betreffenden Teils der Hypothek als die eines Nichtberechtigten unwirksam sein. Hierdurch soll dem Eigentümer ein genügender Schutz gewährt werden. Diese Konstruktion ist jedoch praktisch wenig brauchbar. Meist wird eine Höchstbetragshypothek für die Forderungen aus einem Geschäftsverhältnis bestellt, und es dauert oft lange Zeit, bis einmal die Feststellung erfolgt. Während dieser Zeit soll auch nach Beck der Gläubiger unbedingt verfügen können. Nur stellt sich vielleicht nachträglich, unter Umständen nach vielen Jahren heraus, daß diese Verfügungen als die eines Nichtberechtigten unwirksam sind. Dieses Ergebnis klingt theoretisch annehmbar, führt aber im praktischen Leben zu außerordentlich verwirrten und unsicheren Verhältnissen und erscheint mir deshalb nicht haltbar. Viel besser wird den Belangen des Eigentümers gedient, wenn man eine sofortige auflösend bedingte Eigentümergrundschuld und dementsprechend eine gesetzlich aufschiebend bedingte Gläubigerhypothek annimmt. Dann kann der Gläubiger nur

---

[6]) So auch Oberneck, RGBR. II § 154 Nr. 2.

[7]) a. a. O. S. 46.

unter der aufschiebenden Bedingung der Entstehung der Forderung verfügen, und der Eigentümer ist vor unberechtigten Verfügungen geschützt.

§ 10. Die Folgen in Zwangsversteigerung und Konkurs.

A. Wenn wir die Behandlung der Höchstbetragshypothek in der Zwangsversteigerung und im Konkurse betrachten, so zeigt sich hier besonders die Bedeutung der oben besprochenen Frage, ob im Falle des § 1163 Abs. 1 Satz 1 der Besteller der Hypothek oder der Eigentümer zur Zeit der Feststellung Berechtigter der Eigentümergrundschuld sein soll. Wie wir sahen, muß eine folgerichtige Durchführung der Theorie der ursprünglichen Gläubigerhypothek dazu führen, den Eigentümer zur Zeit der Verwandlung der Hypothek in eine Eigentümergrundschuld als Berechtigten anzusehen. Gerade mit Bezug auf die Zwangsversteigerung wurde diese Ansicht vertreten. Man argumentierte etwa folgendermaßen [1]): § 1163 Abs. 1 Satz 1 kann unter Eigentümer nur den Eigentümer zur Zeit der Feststellung verstehen, da sonst in der Zwangsversteigerung die Eigentümergrundschuld nicht vom Ersteher erworben werden könnte. Diesem muß sie aber zufallen; denn sonst wäre nicht einzusehen, warum der Ersteher zugunsten der Nachberechtigten eine Zuzahlung zu dem Bargebot zu leisten hätte, wie sie ihm § 50 Abs. 2 Nr. 1 ZVG. auferlegt. Daß § 50 ebenso wie § 14 auf die Höchstbetragshypothek Anwendung zu finden habe, nahm man fast allgemein an [2]).

In Verfolgung dieses Gedankens kam man für den Fall, daß die Höchstbetragshypothek nicht bei Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigt ist und infolgedessen durch den Zuschlag erlischt (§ 91 Abs. 1 ZVG.), zu der Ansicht, der Erlös falle, soweit er nicht von dem Gläubiger beansprucht werde, nicht dem Subhastaten, sondern den Nachberechtigten zu. Dies begründete man damit, daß man sagte, vor dem Zuschlag sei keine Feststellung erfolgt — nur dieser Fall kommt in Betracht — und deshalb keine Eigentümergrundschuld entstanden; nach dem Zuschlag könne sich die Hypothek nicht mehr in eine Eigentümergrundschuld verwandeln, denn sie existiere nicht mehr. Auch würde sich sonst ein Gegensatz zu der bestehen bleibenden Höchstbetragshypothek ergeben, da bei dieser der Ersteher eine Zuzahlung zu leisten habe, und zwar nicht an den Subhastaten, sondern an die ausgefallenen Berechtigten (§ 10) [3]).

Diese Meinung geht von der falschen Voraussetzung aus, daß die Höchstbetragshypothek des BGB. ein bedingtes Recht sei und deshalb die §§ 14, 50 Abs. 2 Nr. 1 ZVG. auf sie anzuwenden

---

[1]) Vgl. Böhm, RGBR. S. 296.

[2]) Vgl. Reinhard, in Recht 02, 31.

[3]) Vgl. z. B. Kretzschmar, in ZBFG. 4, 197 ff.; OLG. 4, 378. Auch Kretzschmar hat diese Ansicht später aufgegeben, vgl. ZBFG. 15, 40.

seien. Von der Kautionshypothek des preußischen Rechts und auch noch von der des ersten Entwurfs konnte man das wohl sagen. Durch die Erstreckung der Vorschriften über das Eigentümerpfandrecht auf die Höchstbetragshypothek ist diese aber zu einer unbedingten Grundstücksbelastung geworden, bei der nur die Person des Berechtigten sich nach dem Bestehen bezw. Nichtbestehen der Forderung richtet. Nachdem zuerst Lafrenz [4]) auf die Auswirkung dieser Tatsache in der Zwangsversteigerung hingewiesen hatte, ist die Ansicht nach und nach von Schrifttum und Rechtsprechung übernommen worden [5]). Heute wird die unbedingte Natur der Höchstbetragshypothek m. W. kaum noch bestritten.

Betrachten wir zunächst den Fall, daß die Höchstbetragshypothek in das geringste Gebot aufgenommen ist, so ergibt sich aus der Nichtanwendbarkeit der §§ 14 und 50 Abs. 2 Nr. 1, daß von einer Zuzahlung des Erstehers keine Rede sein kann. Wollte man nun daran festhalten, daß die Hypothehk nach § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB. dem Eigentümer zur Zeit der Feststellung zufällt, so würde dies für den Ersteher bezw. seinen etwaigen Rechtsnachfolger einen ungerechtfertigten Vorteil bedeuten, da er ohne jegliche Gegenleistung eine Eigentümergrundschuld bekommen würde. Wenn die Verfechter der ursprünglichen Gläubigerhypothek hier die Fiktion der Rückwirkung eingreifen lassen, um diesem Ergebnis zu entgehen, so ist das, wie oben gezeigt, nicht zulässig. Dagegen folgt aus der Theorie der ursprünglichen Eigentümergrundschuld in selbstverständlicher Weise, daß auch nach der Uebernahme der Höchstbetragshypothek in der Zwangsversteigerung der Besteller der Hypothek Berechtigter einer Eigentümergrundschuld ist, die infolge Nichtentstandenseins der Forderung besteht.

Ist die Höchstbetragshypothek bei der Feststellung des geringsten Gebots nicht berücksichtigt, so erlischt sie durch den Zuschlag (§ 91 Abs. 1), und der Erlös tritt an ihre Stelle. Auch hier gilt das eben Gesagte. Teilt man den nach § 1163 Abs. 1 Satz 1 dem Eigentümer zustehenden Teil des Erlöses dem Besteller der Hypothek zu, wie es die unbedingte Natur der Höchstbetragshypothek und die Vorschriften über das Eigentümerpfandrecht erfordern, so ist diese Folgerung nur mit der Theorie der ursprünglichen Eigentümergrundschuld vereinbar.

B. Aehnlich liegen die Verhältnisse im Konkurse des Eigentümers. Während nach der Theorie der ursprünglichen Gläubigerhypothek die Eigentümergrundschuld im Falle der Feststellung nach Konkurseröffnung als Neuerwerb in das konkursfreie Vermögen des Eigentümers fallen muß, gehört sie nach der Theorie der ursprünglichen Eigentümergrundschuld in die Konkurs-

---

[4]) In Gruchots Beitr. 46, 335 ff.

[5]) Vgl. Jaeckel-Güthe, Komm. S. 77 und die dort Zitierten.

masse [6]). Auch die Anwendbarkeit des § 15 KO. ist zu bejahen oder zu verneinen, je nachdem welcher Theorie man sich anschließt. § 15 bestimmt, daß Rechte an den zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen nach der Eröffnung des Verfahrens nicht mit Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern erworben werden können, auch wenn der Erwerb nicht auf einer Rechtshandlung des Gemeinschuldners beruht. Nimmt man eine ursprüngliche Eigentümergrundschuld an, so hat diese Bestimmung Anwendung zu finden; die Eigentümergrundschuld kann sich nach Konkurseröffnung nicht mehr in eine Gläubigerhypothek verwandeln, selbst wenn das gesicherte Rechtsverhältnis nicht zwischen Gläubiger und Eigentümer besteht [7]). Dieses Ergebnis findet Sternberg unbillig [8]). Er legt seine Ansicht an Hand folgenden Beispiels dar: Ein Kaufmann schließt mit einem Fabrikanten einen größeren Sukzessivlieferungsvertrag und ein Freund des Kaufmanns bestellt an seinem Grundstück eine Hypothek für die dem Fabrikanten aus dem Vertrage entstehenden Forderungen. Nach der herrschenden Meinung kann der Fabrikant die Hypothek für die Forderungen wegen Lieferungen, die erst nach Konkurseröffnung bewirkt sind, nicht in Anspruch nehmen. Dies soll sowohl für den Hypothekengläubiger wie für den persönlichen Schuldner eine große Unbilligkeit sein. Sternberg gibt zwar zu, daß derartige Verträge meistens so auszulegen seien, wie das Reichsgericht es tut [9]), nämlich dahin, daß der Gläubiger zur Lieferung nur verpflichtet sei, wenn er eine entsprechende hypothekarische Sicherheit erlange, und daß deshalb nach Konkurseröffnung keine Lieferungspflicht mehr bestehe. Trotzdem soll eine große Härte für die beiden Vertragsparteien bestehen z. B., wenn der Fabrikant sich schon für die kommenden Lieferungen eingedeckt oder der Kaufmann die später zu liefernden Waren weiter verkauft habe.

Daß sich Härten für den Hypothekengläubiger und auch für den persönlichen Schuldner aus dieser Regelung ergeben, ist nicht zu leugnen. Aber es dürfte wohl im Wesen des Konkurses liegen, daß er den Gläubigern Verluste irgendwelcher Art bringt. Der Zweck des Konkurses ist, diese Verluste auf alle Gläubiger gleichmäßig zu verteilen. Wie Degenhardt zutreffend hervorhebt [10]), ist es wichtiger, daß das ganze dem Gemeinschuldner im Augenblicke der Konkurseröffnung gehörende Vermögen in die Konkursmasse fällt und damit der Gläubigergesamtheit zugute kommt, als daß einem einzelnen Gläubiger eine nicht einmal

[6]) Vgl. hierzu Ahsbahs in Iherings J. 50, 374.

[7]) So h. M. z. B. Jaeger, Komm. § 15 Anm. 23; Planck § 1190 Bem. 6a γ; RG. in Gruchots Beitr. 56, 1072.

[8]) In Iherings J. 62, 485 f.; ebenso Goldmann-Lilienthal, § 80 Anm. 18a; § 81 Anm. 53; Kretzschmar, in ZBFG. 15, 44bf.

[9]) In Gruchots Beitr. 56, 1071.

[10]) Diss. S. 46 f.

übermäßig große Härte erspart wird. Dem Zweck des § 15, die Konkursmasse vor Beeinträchtigungen zu bewahren, würde Sternbergs Ansicht direkt widersprechen. Würde man dem Gläubiger von vornherein das Hypothekenrecht zugestehen und dadurch die Anwendung des § 15 auf die Höchstbetragshypothek ausschalten, so würde dem Eigentümer damit die Möglichkeit gegeben sein, durch Bestellung einer Höchstbetragshypothek wertvolle Vermögensteile seinen Gläubigern zu entziehen. Wenn eine solche Hypothekenbestellung auch unter den Voraussetzungen der §§ 30—33 KO. anfechtbar wäre, so würde mindestens eine bedeutende Erschwerung des Konkursverfahrens erreicht werden. Wenn man all dies in Erwägung zieht, so scheint mir doch bei Annahme der Sternberg'schen Ansicht die größere Unbilligkeit zu bestehen. Auch im Konkurse des Eigentümers bewährt sich mithin die Theorie der ursprünglichen Eigentümerhypothek besser.

§ 11. Die Pfändung des vorläufigen Eigentümerpfandrechts.

Wenn wir uns der Pfändung der Eigentümergrundschuld bei der Höchstbetragshypothek zuwenden, so kommen wir damit zu der Frage, für die die hier behandelte Streitfrage vielleicht die größte praktische Bedeutung hat. Wie schon oben erwähnt, ist es wirtschaftlich notwendig, daß die Eigentümergrundschuld schon vor Feststellung gepfändet werden kann, da die in ihr enthaltenen Vermögenswerte den Gläubigern des Eigentümers nicht entzogen werden dürfen. Schließt man sich der Theorie der ursprünglichen Eigentümergrundschuld an, so besteht während der Schwebezeit eine auflösend bedingte Eigentümergrundschuld. Die Frage nach der Pfändbarkeit dieses Rechts bietet keine besonderen Schwierigkeiten; denn es handelt sich um eine gegenwärtige Eigentümergrundschuld, die nur bei Eintritt der durch Rechtsvorschrift gesetzten Bedingung wegfallen kann. Wie eingangs ausgeführt, ist die Eigentümergrundschuld ein wirkliches Grundpfandrecht und unterliegt als solches ohne Zweifel der Pfändung; die auflösende Bedingung steht ebenfalls der Pfändung nicht entgegen. Der Pfändungsgläubiger erwirbt allerdings nicht mehr Rechte, als der Eigentümer hat und infolgedessen entfällt mit Entstehung der Forderung auch sein Pfandrecht.

Nicht so einfach liegt die Frage nach der Pfändbarkeit der Eigentümergrundschuld vor Feststellung der Forderung, wenn man eine ursprüngliche Gläubigerhypothek annimmt. Zunächst fragt es sich, welcher Rechtsnatur die sog. „künftige Eigentümerhypothek“ ist, die nach dieser Theorie von Anfang an besteht. Hierüber gehen die Meinungen sehr auseinander. Oberneck[1]) sieht in dem künftigen Eigentümerpfandrecht ebenso wie in dem gegenwärtigen einen Teil des Eigentumrechts. Dagegen kon-

---

[1]) In Gruchots Beitr. 50, 586 f. vgl. auch Güthe in ZDNotV. 06, 730 ff.

struiert es das Kammergericht[1a]) als bedingten persönlichen Anspruch. Am richtigsten dürfte es wohl sein, das künftige Eigentümerpfandrecht als ein künftiges Recht anzusehen. Da die herrschende Meinung mit Recht auf dem Standpunkt steht, daß auch künftige Rechte pfändbar sind[2]), so ist auch die Frage nach der Pfändbarkeit des künftigen Eigentümerpfandrechts zu bejahen. In dieser Hinsicht ergibt sich also kein Unterschied zwischen beiden Theorien.

Wie ist nun die Pfändung des dem Eigentümer bei der Höchstbetragshypothek vor der Feststellung der Forderung zustehenden Rechts zu vollziehen? Zur Beantwortung dieser Frage muß vorerst festgestellt werden, wie ein Eigentümerpfandrecht gepfändet wird. Während fast allgemein angenommen wird, daß die Eigentümerhypothek wie eine Gläubigerhypothek zu pfänden ist, herrscht hinsichtlich der Eigentümergrundschuld viel Streit. Die einen[3]) wollen § 857 Abs. 6 ZPO. anwenden, die anderen[4]) § 857 Abs. 1 und 2. Die Frage ist von großer Bedeutung, da nach der einen Ansicht zur Pfändung einer Eigentümergrundschuld die Uebergabe des Hypothekenbriefs bezw. die Eintragung im Grundbuch erforderlich ist, nach der anderen dagegen nicht.

Ueberwiegende Gründe scheinen mir für die Anwendung des § 857 Abs. 6 zu sprechen. Vor allem weist der Wortlaut des Gesetzes deutlich auf diese Bestimmung hin. Nach § 1177 Abs. 1 BGB. „verwandelt sich“ die Hypothek in eine Grundschuld, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, ohne daß dem Eigentümer auch die Forderung zusteht. Wie wir oben gesehen haben, i st sie damit eine Grundschuld. Aber selbst wenn man diese Folgerung nicht ziehen will, so muß man doch mindestens anerkennen, daß die für die Grundschuld geltenden Vorschriften Anwendung finden sollen, und zwar in jeder Beziehung, da die Vorschrift allgemein gefaßt ist. § 857 Abs. 6 ZPO. sagt, daß auf die Zwangsvollstreckung in eine Grundschuld die Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung in eine Forderung,

---

[1a]) In DJZ. 05, 460; vgl. dazu du Chesne, in DJZ. 05, 803 f.

[2]) So z. B. Enneccerus I, 2 § 302 II; Planck, § 398 Bem. 4b β; von Tuhr, Allg. Teil II, 1 § 60 V; Süß, Abtretung künftiger Ansprüche; RG., 55, 334; 67, 166; 82, 229 A. M.: Besonders Eccius, i. DJZ. 04, 53 ff; Gruchots Beitr. 48, 465 ff.; 53, 1 ff; ferner z. B. Bergk a. a. O.

[3]) H. M.: Planck, § 1177 Bem. 6c; Biermann, § 1163 Bem. 9a; RGRäte Komm. § 1163 Bem. 3; Goldmann-Lilienthal, II § 80 Anm. 116; Mayer, in Gruchots Beitr. 56, 265 ff.; Hirsch, in Arch. Bürg. R. 25, 246; Lazarus a. a. O. 35 ff.; Bergk a. a. O. 111 ff.; Bruck, a. a. O. 235 ff.; Seuffert, ZPO. II § 857 Anm. 5b; RG. 55, 378; 56, 13, 185; 61, 376; KGJ. 28 A 136; RJA. 11, 284.

[4]) Vor allem Oberneck RGBR. II, 27 ff.; Gruchots Beitr. 47, 311 ff.; 50, 551 ff.; Stein-Jonas, ZPO. II § 857 Anm. II, 6; ferner Beck, a. a. O. 28, 112, OLG. 4, 74 f.

für die eine Hypothek besteht, angewandt werden sollen. Es fragt sich nun, ob die ZPO. das Wort „Grundschuld“ hier in demselben Sinne braucht wie das BGB. Das Reichsgericht [5]) scheint anzunehmen, daß jeder materiell-rechtliche Begriff, den die ZPO. verwendet, nach dem BGB. zu bestimmen ist. Diese Ansicht dürfte wohl etwas zu weit gehen. Jedenfalls muß aber dann auf einen einheitlichen Sprachgebrauch geschlossen werden, wenn die betreffende Stelle durch die Novelle von 1898 mit dem BGB. in Einklang gebracht ist. Das ist hier der Fall. Der Absatz 6 des § 857 ist sogar erst durch jene Novelle in die ZPO. gekommen. Aus diesem Umstand scheint man mir mit Bestimmtheit entnehmen zu können, daß unter Grundschuld im § 857 Abs. 6 die Grundschuld des BGB. zu verstehen ist. Da das forderungslose Eigentümerpfandrecht gemäß § 1177 Abs. 1 BGB. wie eine Grundschuld zu behandeln ist, so ergibt sich, daß § 857 Abs. 6 auch auf sie Anwendung zu finden hat.

Hierfür spricht auch die Entstehung dieser Vorschrift. Der erste Entwurf des § 11 EGBGB. unterstellte neben der Grundschuld auch das Eigentümerpfandrecht hinsichtlich der Pfändung den Vorschriften über die Hypothek. Von der zweiten Kommission wurde das Wort „Eigentümerhypotheken“ gestrichen, im übrigen aber — unter Hinzufügung der Rentenschuld und Reallast — die Bestimmung als Abs. 6 in § 857 ZPO. eingestellt. Eine amtliche Erklärung über den Grund dieser Streichung fehlt. Wahrscheinlich hat jedoch die zweite Kommission das Eigentümerpfandrecht als selbstverständlich unter dem Begriff „Grundschuld“ mitbegriffen angesehen, da inzwischen der im ersten Entwurf nicht enthaltene § 1177 in das BGB. aufgenommen war [6]).

Der hauptsächlich gegen die Anwendung des § 857 Abs. 6 vorgebrachte Grund liegt in der Auffassung vom Wesen der Eigentümergrundschuld. M. E. ist die gegnerische Ansicht nur verständlich, wenn man mit ihr die Eigentümergrundschuld als einen Teil oder eine Art des Eigentumrechts ansieht [7]). Daß das Eigentümerpfandrecht nicht „Eigentum“ ist, sondern ein wirkliches Grundpfandrecht glaube ich oben nachgewiesen zu haben. Damit entfällt aber auch das wesentlichste Argument gegen die Anwendung des § 857 Abs. 6 auf die Eigentümergrundschuld.

Mit Recht hebt Hirsch [8]) hervor, daß die Abtretung der Eigentümergrundschuld unbestritten nach §§ 1192 Abs. 1, 1154 vor sich geht. Wenn aber die Abtretung sich nach Grundschuldvorschriften richtet, so muß es auch die Pfändung und Ueberweisung tun, die doch nur eine Abtretung durch Richterspruch ist.

---

[5]) RG. 60, 302.

[6]) Vgl. hierzu Mayer, a. a. O. 266; Seuffert, § 857 Anm. 5b.

[7]) So z. B. Oberneck, RGBR. II § 114a; Gruchots Beitr. 47, 311 ff; 50, 551 ff.; Stein-Jonas, a. a. O.

[8]) In Arch. Bürg. R. 25, 246.

Unstreitig ist die Gläubigergrundschuld nach § 857 Abs. 6 mit § 830 Abs. 1 zu pfänden. Wie wir schon gesehen haben, ist formell die Eigentümergrundschuld der Gläubigergrundschuld gleichgestellt. Vermögen nun die inhaltlichen Unterschiede zwischen beiden Grundschuldarten eine verschiedene Behandlung bei der Pfändung zu rechtfertigen? Die Verschiedenheit beruht zunächst darin, daß die Gläubigergrundschuld ein Recht an fremder, die Eigentümergrundschuld an eigener Sache ist. Ferner gewährt die Eigentümergrundschuld keine Zwangsvollstreckungsbefugnis. Wenn man sich den Zweck des hauptsächlich in Frage stehenden § 830 Abs. 1 vergegenwärtigt, so muß man zu dem Ergebnis kommen, daß dieser für die Eigentümergrundschuld ebenso zutrifft, wie für die Gläubigergrundschuld. § 830 Abs. 1 fordert für die Pfändung die Briefübergabe bezw. die Eintragung im Grundbuch. Diese Vorschrift bezweckt, die rechtlichen Beziehungen des Grundstücks und der an ihm bestehenden Rechte, wie sie in Wirklichkeit sind, nach außen hin kenntlich zu machen. Die Formen der Zwangsvollstreckung sollen mit denen der Abtretung und Verpfändung möglichst im Einklang stehen [9]). Dieser Zweck verlangt, daß alle eintragbaren Veränderungen von Grundstücksrechten im Grundbuch eingetragen werden. Ein Recht am Grundstück ist aber die Eigentümergrundschuld ebenso gut wie die Gläubigergrundschuld. Warum zwischen beiden ein Unterschied gemacht werden soll, ist nicht einzusehen. Auch die verschiedene Art der Entstehung kann eine andere Behandlung bei der Pfändung nicht rechtfertigen. Während die Gläubigergrundschuld durch Einigung und Eintragung entsteht (§ 873 BGB.), gelangt die Eigentümergrundschuld in den hier in Frage kommenden Fällen kraft Gesetzes zur Entstehung (§ 1163 Abs. 1). Bei der Zwangsvollstreckung kommt es jedoch nicht auf die Entstehung der Rechte an, sondern nur auf die Rechte, wie sie sind, d. h. auf ihre Rechtsnatur. Andernfalls müßte man z. B. auch zwischen der Eigentümergrundschuld des § 1196 und derjenigen des § 1163 Abs. 1 unterscheiden, obgleich beide doch völlig gleichwertig sind [10]).

Stein [11]) meint ferner, bei der Hypothek und der Grundschuld handele es sich um eingetragene Rechte, bei der kraft Gesetzes entstehenden Eigentümergrundschuld dagegen nicht. Mit Recht wendet Mayer dagegen ein [12]), auch die Eigentümergrundschuld des § 1163 Abs. 1 könne eingetragen werden. Die Notwendigkeit der Eintragung für die Wirksamkeit einer Pfändung davon abhängen zu lassen, ob die Eigentümergrundschuld bereits eingetragen ist oder nicht, ist aber nicht angängig.

Fast allgemein wird anerkannt, daß die Eigentümerhypothek wie jede Hypothek zu pfänden ist. Dies nehmen auch großen Teils

[9]) Vgl. Motive z. EGBGB. S. 100.

[10]) Vgl. z. vorstehenden Abschnitt Mayer, a. a. O. 276 f.

[11]) a. a. O.

[12]) a. a. O. S. 279.

diejenigen an, die auf die Eigentümergrundschuld § 857 Abs. 1 und 2 anwenden wollen. Als Begründung führen sie an, bei der Eigentümerhypothek liege die einzige Besonderheit gegenüber der Gläubigerhypothek darin, daß der Eigentümer im Sinne von § 830 zugleich Schuldner und Drittschuldner sei [13]). Ist es aber berechtigt, für die Pfändung einer Eigentümerhypothek die Briefübergabe bezw. den Eintrag im Grundbuch zu fordern, für die einer Eigentümergrundschuld dagegen nicht? [14]) Beide Rechte sind ebenso wie Gläubigerhypothek und Gläubigergrundschuld Unterarten eines einheitlichen Grundpfandrechtsbegriffs. Ihre Verschiedenheit liegt nur in dem Verhältnis zu einer Forderung. Die Pfändung nach § 830 Abs. 1 enthält zwei Momente, ein schuldrechtliches, den Pfändungsbeschluß, und ein sachenrechtliches, die Briefübergabe bezw. den Eintrag im Grundbuch. Das letztere Moment soll die Vorschriften des Vollstreckungsrechts mit denen des materiellen Rechts in Uebereinstimmung bringen. Da der Unterschied zwischen Eigentümerhypothek und Eigentümergrundschuld in dem Verhältnis zu einer Forderung, also auf schuldrechtlichem Gebiet liegt, so kann durch ihn höchstens das schuldrechtliche, nicht aber das sachenrechtliche Moment bei der Pfändung berührt werden. Wer Briefübergabe bezw. Eintragung zur wirksamen Pfändung einer Eigentümerhypothek fordert, muß es folgerichtig auch bei der Eigentümergrundschuld tun.

Schließlich wird von den Gegnern gegen die hier vertretene Ansicht geltend gemacht, daß die Pfändung der Eigentümergrundschuld wesentlich erschwert, ja bei bedingten Eigentümergrundschulden geradezu unmöglich gemacht werde, wenn man die Eintragung verlange [15]). Die Berechtigung dieses Einwands läßt sich nicht leugnen, wenigstens soweit er eine Erschwerung der Pfändung betrifft. Allein gegenüber den angeführten Gründen, vor allem angesichts des klaren Wortlauts des Gesetzes vermag diese Zweckmäßigkeitserwägung nicht durchzudringen. Es ist vielmehr daran festzuhalten, daß die Pfändung sowohl einer Eigentümerhypothek wie einer Eigentümergrundschuld nach § 857 Abs. 6 mit §§ 829, 830 zu erfolgen hat.

Zur wirksamen Pfändung eines Eigentümerbuchpfandrechts [16]) ist demnach erforderlich: 1.) Ein Pfändungsbeschluß nach § 829 Abs. 1 und 2.) die Eintragung der Pfändung im Grundbuch nach § 830 Abs. 1 Satz 3. Fraglich ist, ob in den Pfändungsbeschluß, der dem Eigentümer zuzustellen ist, neben dem Verfügungsverbot an den Eigentümer als Schuldner (§ 829 Abs. 1 Satz 2) auch ein Zahlungsverbot an den Eigentümer als Drittschuldner (§ 829 Abs. 1 Satz 1) aufzunehmen ist. Vielfach wird auch das Zahlungsverbot für erforderlich erklärt, und zwar mit dem Hin-

[13]) So z. B. Stein-Jonas, a. a. O.

[14]) Vgl. zu dieser Frage Mayer, a. a. O. 269.

[15]) So z. B. Stein-Jonas a. a. O.

[16]) Nur dieses kommt bei der Höchstbetragshypothek in Betracht.

weis, daß das Eigentümerpfandrecht dem Eigentum gegenüber selbständig und die Vereinigung von Grundpfandrecht und Eigentum nur eine zufällige sei [17]. Diese Begründung ist jedoch nicht stichhaltig. Der Hinweis auf die Selbständigkeit des Eigentümerpfandrechts bedeutet praktisch, daß eine Trennung von Grundpfandrecht und Eigentum möglich ist. Die Möglichkeit der Trennung kann aber die Aufnahme eines Zahlungsverbots nicht begründen, wie Güthe zutreffend ausführt [18]. Im Falle der Grundstücksveräußerung nach Entstehung des Pfandrechts wirkt dieses kraft seiner dinglichen Natur auch gegen den neuen Eigentümer. Wird das Grundstück zwischen der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den bisherigen Eigentümer und der Entstehung des Pfandrechts veräußert, so würde der Pfändungsbeschluß auch dann nicht dem neuen Eigentümer gegenüber wirken, wenn er ein Zahlungsverbot an den bisherigen Eigentümer als Drittschuldner enthielte. Ebenso liegt es, wenn das Eigentümerpfandrecht abgetreten wird. Folgt die Abtretung der Entstehung des Pfandrechts nach, so wirkt dieses als dingliches Recht auch gegen den neuen Gläubiger. Fällt sie dagegen in die Zeit vor Entstehung des Pfandrechts, so wirkt der Pfändungsbeschluß dem neuen Gläubiger gegenüber auch in dem Falle nicht, daß er ein Zahlungsverbot an den Drittschuldner enthält und diesem zugestellt ist. Man wird also die Aufnahme eines Zahlungsverbots an den Eigentümer als Drittschuldner nicht verlangen dürfen [19].

Dies will Güthe nur bezüglich der Eigentümergrundschuld gelten lassen, während er bei der Eigentümerhypothek ein Verfügungsverbot an den Eigentümer als Schuldner und zwei Zahlungsverbote, eins an den Eigentümer und eins an den persönlichen Schuldner als Drittschuldner verlangt [20]. Der Unterschied ist m. E. jedoch nicht begründet. Daß ein Zahlungsverbot an den persönlichen Schuldner erforderlich ist, erscheint nicht zweifelhaft; aber hinsichtlich des dinglichen Rechts liegen die Verhältnisse bei der Eigentümerhypothek ebenso wie bei der Eigentümergrundschuld. Warum bei dieser ein Zahlungsverbot nicht notwendig sein soll, wohl aber bei jener, vermag ich nicht einzusehen.

Eine Schwierigkeit bezüglich der Eintragung der Pfändung liegt darin, daß § 40 Abs. 1 GBO. eine Eintragung nur zuläßt, wenn derjenige, dessen Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist. Wenn eine Verfügung oder Pfändung hinsichtlich eines Eigentümerpfandrechts eingetragen werden soll, so soll nach dieser Ordnungsvorschrift zunächst der

[17]) So z. B. Biermann, § 1163 Bem. 9a; Mayer, a. a. O. 284 f.; Lazarus, a. a. O. 37.

[18]) In Seuff. Bl. 76, 613.

[19]) So auch Stein-Jonas, II § 857 Anm. II, 6; OLG. 7, 316;

[20]) a. a. O. 614.

Eigentümer als Berechtigter des Eigentümerpfandrechts eingetragen werden. Daß eine solche Voreintragung erforderlich ist, wird allerdings vielfach bestritten. Eine weit verbreitete Meinung, die vor allem vom Kammergericht in ständiger Rechtsprechung vertreten wird, verneint die Notwendigkeit der Voreintragung des Eigentümers [21]). Das Kammergericht führt zur Begründung aus, „der eingetragene Eigentümer, auf dessen Grundstück Hypotheken haften, habe bereits als eventuell eingetragener Inhaber der gemäß § 1163 ihm zufallenden Hypotheken zu gelten". Da sich der Erwerb der Hypotheken durch den Eigentümer kraft Gesetzes ohne Eintragung vollziehe, rechtfertige es sich, § 40 Abs. 1 auf diese Fälle nicht anzuwenden. Der Zweck dieser Bestimmung sei, wie auch die Denkschrift angebe, einerseits dem Grundbuchamt die Legitimationsprüfung zu erleichtern, andererseits den eingetragenen Berechtigten dagegen zu sichern, daß ungeachtet der gemäß § 891 mit der Eintragung verbundenen Vermutung ein anderer unbefugter Weise über das Recht verfüge. Dieser Zweck treffe hier nicht zu. Auf Grund der ihm erteilten Löschungsbewilligung könne der Eigentümer über die Hypothek auch grundbuchmäßig verfügen, da sein Recht auf die Eigentümerhypothek aus seiner Eintragung als Eigentümer genügend hervorgehe. Wenn der Nachweis des Erwerbes in vorgeschriebener Weise erbracht wird, hält also das Kammergericht eine Voreintragung des eingetragenen Eigentümers als Berechtigten des Eigentümerpfandrechts nicht für notwendig. Selbst im Falle eines Eigentumswechsels hat es zeitweilig die Voreintragung des früheren Eigentümers als Berechtigten eines ihm zugefallenen Eigentümerpfandrechts nicht für erforderlich gehalten [22]).

Das Bayerische Oberste Landesgericht vertritt eine etwas abweichende Ansicht [23]), stimmt aber im Ergebnis mit dem Kammergericht überein. Es sieht die Eintragung einer Hypothek als Eintragung eines Rechts mit zwei Berechtigten an. „Da die Hypothek vermöge ihres Inhalts die Bestimmung hat, Eigentümerhypothek zu werden, so steht bei ihr hinter dem Gläubiger als zweiter Berechtigter der Eigentümer, ohne dessen Zustimmung sie deshalb auch nach § 27 GBO. nicht gelöscht werden darf." Der gegenwärtige Berechtigte werde in der Eintragung angegeben, bezüglich des künftigen werde auf die Eintragung des Eigentümers

[21]) KG. i. KGJ. 20 A 192 (=OLG. 1, 303 ff. =RJA. 1, 125 ff.); 21 A 159; 22 A 171; 23 A 157; 25 A 308; 26 A 146; 28 A 135. RJA. 11, 290 f.; OLG, 14, 124. Ferner OLG. (Jena) 3, 198; bayer. OLG. i. Recht 05, 432 f. Nr. 1753; Güthe-Triebel, § 40 Anm. 14; Oberneck, RGBR. II § 115 Nr. 1; i. Gruchots Beitr. 47, 312; 50, 579 ff.; Hirsch i. Arch. Bürg. R. 25, 246; Turnau-Förster, § 1163 Bem. 5; Fuchs I § 1117 Bem. 7a; Beck, a. a. O. 110 f.

[22]) Vgl. KGJ. 28 A 136; a. M. 38 A 258; 41 A 248.

[23]) In Recht 05, 432 f.

verwiesen. Damit sei dem § 40 Abs. 1 genügt. Das Bayerische Oberste Landesgericht steht mithin auf dem Boden der Theorie der Doppelberechtigung, die vom Kammergericht nicht gebilligt wird [24].

Im Schrifttum geht man zur Begründung vielfach davon aus, daß das Eigentümerpfandrecht nur ein Bestandteil des Eigentums sei [25]. Danach soll eine Verfügung oder Pfändung bezüglich des Eigentümerpfandrechts nicht das Hypothekenrecht, sondern das Eigentumsrecht betreffen. Da der Eigentümer als Berechtigter des Eigentumsrechts eingetragen ist, so soll damit das Erfordernis des § 40 Abs. 1 erfüllt sein.

Ferner wird geltend gemacht [26], wenn man die Voreintragung allgemein verlange, so müsse man sie folgerichtig auch für die Vormerkung des § 1179 BGB. fordern. Da die Eintragung des Eigentümers als künftigen Eigentümerhypothekars nach der Grundbucheinrichtung nicht angängig sei, so werde dadurch die Eintragung dieser Vormerkung, die vom Gesetz ausdrücklich gestattet sei, unmöglich gemacht.

Maßgebend für die Aufstellung der vorgetragenen Ansicht sind vorwiegend Zweckmäßigkeitsgründe gewesen. Einmal werden ohne Zweifel Verfügungen und Pfändungen hinsichtlich eines Eigentümerpfandrechts erschwert und verteuert, wenn man die Voreintragung verlangt. Dann erscheint es aber auch unsinnig, z. B. bei der Löschung der Hypothek die Eintragung des Eigentümers zu fordern, die nur erfolgen würde, um sofort wieder beseitigt zu werden. Die letztere Erwägung trifft jedoch nur bezüglich der Löschung und Abtretung des Eigentümerpfandrechts zu, nicht dagegen bei Belastungen, Inhalt- oder Rang-Aenderungen und Pfändungen. Deshalb wollen auch manche Schriftsteller [27]) im Falle der Löschung und Abtretung auf die Voreintragung verzichten, da sie in diesen Fällen unmöglich in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben könne; im übrigen halten sie aber an den allgemeinen Grundsätzen fest.

Richtiger scheint es mir jedoch zu sein, allgemein die Voreintragung des Eigentümers als Berechtigten des Eigentümerpfandrechts gemäß § 40 Abs. 1 zu fordern [28]. Dafür spricht zunächst der Wortlaut des Gesetzes. Da § 40 Abs. 1 infolge seiner

---

[24]) Vgl. KGJ. 26 A 146 f.

[25]) So besonders Oberneck, in Gruchots Beitr. 47, 312; 50, 583; Güthe-Triebel, a. a. O.; Hirsch, a. a. O. 246.

[26]) Besonders OLG. (KG.) 14, 124.

[27]) So z. B. Fuchs-Arnheim, II § 40 Anm. 11; Predari, GBO. § 40 Anm 3d.

[28]) So auch Planck, § 1177 Bem. 4a; RGRäte Komm. § 1163 Bem. 3; Biermann, § 1117 Bem. 2a; Goldmann-Lilienthal, II § 80 VI, 1b; Mayer, a. a. O. S. 313 ff.; Sternberg in Jherings J. 62, 453 f., 457; Horn a. a. O. 107 f.; Horn a. a. O. 107 f.; Lazarus, a. a. O. 41 f.; Roettgen, a. a. O. 16 f.; RG. 61, 374; 72, 276.

allgemeinen Fassung für jede Eintragung gilt, so ist auch hier keine Ausnahme zu machen. Gegenüber der Behauptung des Kammergerichts, der Eigentümer habe als eventuell eingetragener Inhaber des Eigentümerpfandrechts zu gelten, ist darauf hinzuweisen, daß eine eventuelle Eintragung keine wirkliche ist [29]). Eine solche ist aber unzweifelhaft nach § 40 Abs. 1 erforderlich. Kraft einer Fiktion, die eventuelle Eintragung als wirkliche „gelten" zu lassen, dürfte aber nicht angängig sein. Auch ist, wie Biermann zutreffend bemerkt [30]), das „Recht auf Eigentümerhypotheken" nicht gleich dem Eigentümerpfandrecht selbst, um dessen Berechtigten es sich hier allein handelt.

Zur Rechtfertigung seiner Auffassung beruft sich das Kammergericht auch darauf, daß der Erwerb der Hypothek durch den Eigentümer sich kraft Gesetzes ohne Eintragung vollziehe. Daraus ist jedoch kein Argument zu gewinnen; denn ein gesetzlicher Uebergang von Hypotheken kommt auch sonst vor in Fällen, in denen man an der Anwendung des § 40 Abs. 1 nicht zweifelt.

Die Ansicht des Kammergerichts enthält einen Widerspruch in sich [31]). Es wird behauptet, das Recht des Eigentümerhypothekars gehe bereits aus seiner Eintragung als Eigentümer hervor. Damit wird gesagt, daß der Form des § 40 Abs. 1 genügt sei und daß derjenige, dessen Recht durch die Eintragung betroffen wird, als Berechtigter eingetragen sei. Für den Grundbuchrichter müßte damit auch feststehen, daß der Eigentümer wirklich der Berechtigte ist, dessen Recht durch die Eintragung betroffen wird. Trotzdem fordert aber das Kammergericht den urkundlichen Nachweis seines Rechtserwerbes.

Wenn gesagt wird, der in der Denkschrift angegebene Zweck des § 40 Abs. 1 treffe in den fraglichen Fällen nicht zu, so erscheint diese Behauptung nicht ganz begründet. Einerseits wird durch die Eintragung des Eigentümers als Berechtigten des Eigentümerpfandrechts dem Grundbuchrichter die Legitimationsprüfung bei späteren Eintragungen bezüglich des Eigentümerpfandrechts erleichtert. Auch wird der Eigentümer dagegen gesichert, daß der bisherige Hypothekengläubiger über die Hypothek unbefugter Weise verfügt [32]).

Rechtfertigen ließe sich die gegnerische Ansicht von dem Standpunkt aus, daß das Eigentümerpfandrecht nur ein Bestandteil des Eigentums sei, was das Kammergericht aber nicht annimmt. Da jedoch diese Auffassung vom Wesen des Eigentümerpfandrechts, wie oben dargelegt, abzulehnen ist, so entfällt damit der in ihr liegende Grund für die bekämpfte Ansicht [33]). Denn nach der hier vertretenen Auffassung wird nicht das Eigentumsrecht, son-

[29]) So auch Biermann § 1117 Bem. 2a β;

[30]) a. a. O.

[31]) Vgl. hierzu Mayer, a. a. O. 315; Lazarus a. a. O. 41.

[32]) Vgl. Mayer, a. a. O. 522.

[33]) Dies gibt auch Oberneck zu, wenn er sagt (i. Gruchots Beitr. 50, 579): „Wer in § 1163 eine Sukzession des Eigentümers

dern ein wirkliches Pfandrecht von der Eintragung betroffen, und als Berechtigter dieses Pfandrechts ist der Eigentümer nicht eingetragen.

Wenn das Kammergericht darauf hinweist, die unbedingte Anwendung des § 40 Abs. 1 mache die vom Gesetz gestattete Eintragung der Vormerkung des § 1179 unmöglich, so befindet es sich in einem Irrtum, wie das Reichsgericht zutreffend ausgeführt hat [34]). Zuzugeben ist, daß das Gesetz zur Eintragung der Löschungsvormerkung des § 1179 die Eintragung des Eigentümers und dessen Eventualberechtigung genügen läßt. Hieraus ist aber nicht zu folgern, daß es sich im § 1179 um einen allgemeinen Grundsatz handelt, dem § 40 Abs. 1 bei uneingeschränkter Anwendung entgegenstehen würde; vielmehr ist § 1179 eine Ausnahmevorschrift, gegenüber § 40 Abs. 1 eine lex specialis. Denn nach § 40 Abs. 1 wäre die Eintragung der Löschungsvormerkung stets unmöglich; das Gesetz hat aber für diesen Ausnahmefall den Grundsatz des § 40 Abs. 1 durchbrochen und die Eintragung gestattet.

Die angeführten Gründe scheinen mir hinreichend zu beweisen, daß § 40 Abs. 1 GBO. auch auf das kraft Gesetzes entstehende Eigentümerpfandrecht ohne Einschränkung anzuwenden ist. Ein besonderer, die Umschreibung der Hypothek auf den Eigentümer enthaltender Vermerk ist jedoch nicht erforderlich, vielmehr genügt ein gemeinsamer Eintragungsvermerk, der zunächst die Umschreibung und dann die Abtretung oder Pfändung enthält. [35])

Da, wie oben ausgeführt, die bei der Höchstbetragshypothek bestehende auflösend bedingte Eigentümergrundschuld für eintragbar zu halten ist, so steht auch die Anwendung des § 40 Abs. 1 der Durchführung des Pfändungsverfahrens nicht im Wege. Nach der hier vertretenen Ansicht sind also Pfändungen hinsichtlich des auflösend bedingten Eigentümerpfandrechts nicht nur materiell zulässig, sondern auch formell durchführbar. Nimmt man dagegen eine ursprüngliche Gläubigerhypothek an, so ist m. E. das nach dieser Theorie bestehende künftige Eigentümerpfandrecht nicht eintragbar [36]). Damit ist aber auch die Durchführung der Pfändung unmöglich gemacht. Das Reichsgericht [37]) scheint früher die Möglichkeit im Auge gehabt zu haben, das künftige Eigentümerpfandrecht nach § 857 Abs. 1 und 2 ZPO., also ohne Eintragung, zu pfänden. Dies erscheint jedoch inkonsequent; warum das künftige Eigentümerpfandrecht anders behandelt werden soll wie das gegenwärtige, ist nicht einzusehen. Außerdem ist diese

in die Hypothek sieht, muß zur unbedingten Anwendung des § 40 kommen".

[34]) RG. 72, 276.

[35]) So RGRäte Komm. § 1163 Bem. 3; Lazarus, a. a. O. 42.

[36]) A. M. Güthe, i. ZDNotV. 06, 745 ff.; Oberneck, i. Gruchots Beitr. 50, 576 ff.

[37]) RG. 61, 374 f.

Lösung aber auch praktisch nicht befriedigend, da der Pfändungsgläubiger ohne Eintragung infolge der Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs durch Dritte nur ein sehr unsicheres Recht erwerben würde.

Auch hier bewährt sich also die Theorie der ursprünglichen Eigentümergrundschuld besser.

B. Die übrigen Fälle.

§ 12. Die Fälle der §§ 1163 Abs. 1 Satz 2, 1168, 1170.

Nach dem Gesetz ist der zweite Hauptfall der Eigentümergrundschuld der des Erlöschens der Forderung. § 1163 Abs. 1 Satz 2 bestimmt: „Erlischt die Forderung, so erwirbt der Eigentümer die Hypothek". Bei der Frage nach der Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf die Höchstbetragshypothek muß wiederum getrennt werden zwischen der Zeit vor und nach der Feststellung der Forderung. Wie oben in § 4 dargelegt ist, wird die Höchstbetragshypothek mit der Feststellung zu einer gewöhnlichen Sicherungshypothek. Es kann deshalb keinem Zweifel unterliegen, daß § 1163 Abs. 1 Satz 2 nach der Feststellung uneingeschränkt anzuwenden ist. Fraglich kann nur sein, inwieweit diese Vorschrift während der Schwebezeit Platz zu greifen hat.

Im Hinblick auf den Fall des Erlöschens der Forderung wird im Schrifttum vielfach unterschieden zwischen Höchstbetragshypotheken, die nur zur Sicherung des festzustellenden Schlußguthabens bestellt sind, und solchen, die die jeweilig bestehenden Einzelforderungen sichern sollen [1]. Entscheidend soll der Wille der Beteiligten sein. Geht die Absicht der Parteien dahin, daß nur der Saldo die alleinige Forderung bilden soll, und daß etwaige Rückzahlungen nicht auf die einzelnen Forderungen, sondern auf das Gesamtguthaben angerechnet werden sollen, so gilt nur das Schlußguthaben als durch die Höchstbetragshypothek gesichert. Erscheint diese Annahme nicht gerechtfertigt, so sollen die Einzelforderungen gesichert sein [2]. Planck erachtet eine Hypothek lediglich für das Schlußguthaben dann für vorliegend, wenn sie bestellt wird „für die Ansprüche aus einem Kontokorrent- oder ähnlichen Verhältnis, bei dem die Geltendmachung der Einzelansprüche ausgeschlossen ist" [3].

Diese Unterscheidung wird von der Mehrzahl der Schriftsteller abgelehnt, und zwar nicht nur in folgerichtiger Weise von den Vertretern der Theorie der ursprünglichen Gläubigerhypothek [4], sondern auch von Anhängern der ursprünglichen Eigen-

---

[1] So besonders Fuchs, I § 1190 Anm. 12 und 13; Horn, a. a. O. 87 ff.; vgl. auch Planck, § 1190 Anm. 2b, 6b; Wolff, § 153 III besonders Anm. 6; Bruck, a. a. O. 181 f.

[2] So Fuchs, a. a. O.

[3] Planck, § 1190 Bem. 2b.

[4] So z. B. von Biermann, § 1190 Bem. 4b; Sternberg, in Iherings J. 62, 435 f.; Goldmann-Lilienthal, II § 81 Anm. 54; Güthe-Triebel, § 22 Anm. 14.

tümergrundschuld[5]). Als Begründung wird angeführt, daß in der Bestellung einer Höchstbetragshypothek der Wille der Beteiligten zum Ausdruck komme, daß für die Frage, wie hoch das Grundstück hafte, der Bestand des Rechtsverhältnisses nicht im Augenblick der Bestellung der Hypothek, sondern in dem Zeitpunkt der Feststellung maßgebend sein soll. Nur das festgestellte Schlußguthaben soll also durch die Höchstbetragshypothek gesichert sein. Besonders Beck betont[6]), daß als „Forderung“ im Sinne von § 1190 nur die Schlußforderung in Betracht kommen könne. Er sieht diesen Satz als die Grundlage seiner ganzen Auffassung über die Maximaleigentümerhypothek an.

Eine Unterscheidung in dem erwähnten Sinne scheint auch mir unzulässig zu sein, jedoch aus dem entgegengesetzten Grunde. M. E. sichert die Höchstbetragshypothek niemals die festgestellte Forderung. An der Unterscheidung ist so viel richtig, daß die Parteien vereinbaren können, daß nicht jede entstehende Forderung als durch die Hypothek gesichert angesehen und Rückzahlungen nur auf das Gesamtguthaben angerechnet werden sollen. Dies wird bei einem Kontokorrentverhältnis stets der Fall sein; nur der Saldo wird hier als Forderung gelten. Nehmen wir nun an, das Verhältnis sei beendet und der Saldo werde festgestellt, der Gläubiger habe jedoch keine Veranlassung Befriedigung aus der Hypothek zu suchen oder die Höchstbetragshypothek durch Feststellung zu einer gewöhnlichen Sicherungshypothek zu machen, dann haben wir in dem Saldo eine Einzelforderung. Neben dieser können nun aber Zinsforderungen entstehen, die gemäß § 1190 Abs. 2 in den Höchstbetrag eingeschlossen sind. Neben dem Saldo sind also noch andere Forderungen gesichert. In der Praxis werden die Zinsforderungen neben dem Saldo oft verschwindend gering sein, zumal wenn kurz nach der Berechnung des Saldos die Feststellung erfolgt. Theoretisch ist aber daran festzuhalten, daß der Saldo nur eine Einzelforderung neben anderen ist. Dies wirkt sich praktisch darin aus, daß Zahlungen, die in der Zeit zwischen der Berechnung des Saldos und der Feststellung erfolgen, den Saldo vermindern, also die Forderung teilweise zum Erlöschen bringen im Sinne von § 1163 Abs. 1 Satz 2, während bei der Annahme, daß die Höchstbetragshypothek nur die festgestellte Forderung sichere, solche Zahlungen nur „Faktoren für das Nichtentstehen einer festzustellenden Forderung“[7]) sind. Daß die Höchstbetragshypothek nicht lediglich das festgestellte Schlußguthaben sichert, scheint mir vor allem auch aus folgender Erwägung hervorzugehen. Wäre jener Satz richtig, so müßte folgerichtig die Geltendmachung der Höchstbetragshypothek vor Feststellung unmöglich sein. Denn für die Geltendmachung einer Hypothek, zumal einer Sicherungshypothek, ist der Bestand einer Forderung notwendige Voraussetzung. Kommt als gesicherte Forderung bei

---

[5]) So z. B. von Degenhardt, Diss. 66.

[6]) a. a. O. S. 51 f., 59, 69 ff.

[7]) So Krezschmar i. ZBFG. 15, 40.

der Höchstbetragshypothek nur die festzustellende Schlußforderung in Betracht, so ist vor Feststellung keine Forderung vorhanden. Der Gläubiger könnte also, selbst wenn in Wahrheit die Einzelforderungen den Höchstbetrag erreichen oder übersteigen, seine Hypothek nicht geltend machen, ohne vorher die Forderung „festzustellen". Die Höchstbetragshypothek als solche könnte mithin niemals dem Gläubiger Befriedigung gewähren. Diese unmögliche Folgerung wird m. W. nirgends gezogen. Selbst diejenigen, die in der Feststellung einen rein obligatorischen Vorgang erblicken, lassen eine Geltendmachung der Hypothek vor Feststellung zu. Dies zeigt aber deutlich, daß es nicht angängig ist, nur die festgestellte Forderung als Grundlage der Höchstbetragshypothek anzusehen.

Versteht man unter der „Forderung" im Sinne von § 1190 nur die festzustellende Schlußforderung, so muß man auch die Anwendbarkeit des § 1163 Abs. 1 Satz 2 vor der Feststellung ablehnen. Denn eine Forderung, die erlöschen könnte, ist dann noch nicht vorhanden. Die meisten Schriftsteller [8]) ziehen auch diese Folgerung. Nach ihrer Meinung sind Schwankungen der Forderung völlig gleichgültig, maßgebend ist nur die festgestellte Forderung. Soweit diese hinter dem Höchstbetrag zurückbleibt, steht die Hypothek dem Besteller gemäß § 1163 Abs. 1 Satz 1 zu. Hier zeigt sich aber gleich ein Bedenken. Diese Ansicht führt nämlich dazu, daß das Anwendungsgebiet des § 1163 Abs. 1 Satz 1 auf Kosten des Satz 2 erweitert wird [9]). Sie wäre nur berechtigt, wenn es im § 1163 Abs. 1 Satz 1 hieße: „Ist die Forderung hinter dem Höchstbetrag zurückgeblieben", und nicht: „Ist eine Forderung nicht zur Entstehung gelangt". Denn es sollen unter Satz 1 auch die Fälle gehören, in denen die Forderung wohl entstanden, aber wieder erloschen ist. Die praktische Bedeutung dieser Frage liegt darin, daß im Falle eines Eigentumswechsels alle Zahlungen vor Feststellung bei Anwendung des Satz 1 dem Besteller zugute kommen müßten, während sie bei Anwendung des Satz 2 dem Eigentümer zur Zeit der Zahlung eine Eigentümergrundschuld verschaffen würden. Wollte man die Eigentümergrundschuld in jedem Falle dem Besteller zufallen lassen, so würde diese Regelung jeder Berechtigung entbehren. Sie würde nur die Folge davon sein, daß man starr an der Auffassung festhält, nur das Schlußguthaben sei gesichert. Diese Ansicht führt also zu einer groben Unbilligkeit. Dagegen meint Beck [10]), da dieses Ergebnis aus seiner Auffassung notwendig folge, nämlich bei einer Abzahlung bezüglich einer noch nicht existierenden Forderung nicht § 1163 Abs. 1 Satz 2, sondern

---

[8]) Besonders deutlich Beck, a. a. O. S. 52 ff., 69 ff.; ferner Biermann, § 1190 Bem. 4b β; Kretzschmar, a. a. O. 40; Güthe-Triebel, § 22 Anm. 14; Sternberg i. Iherings J. 62, 436; RG. 56, 325 f.

[9]) Vgl. hierzu Planck § 1190 Bem. 6a α; Beck, a. a. O. 69 f.

[10]) a. a. O. 70.

Satz 1 in Betracht käme, so könne darin auch keine Ungerechtigkeit liegen. Es dürfte jedoch richtiger sein, umgekehrt zu sagen, da dieses Ergebnis eine Ungerechtigkeit enthält, so kann diese Ansicht nicht aufrecht erhalten werden.

Mir scheint auch dies dafür zu sprechen, daß es falsch ist, nur die Schlußforderung als durch die Höchstbetragshypothek gesichert anzusehen. Eine natürlichere und vor allem gerechtere Lösung der streitigen Fragen läßt sich erreichen, wenn man die Einzelforderungen als Grundlage der Hypothek ansieht. Der Anwendung des § 1163 Abs. 1 Satz 2 vor der Feststellung steht dann nichts im Wege. Allerdings ergeben sich aus der Natur der Höchstbetragshypothek einige Abweichungen. Uebersteigen z. B. die Forderungen den Höchstbetrag und erfolgt dann eine Zahlung, die die Forderung aber immer noch in Höhe des Höchstbetrags bestehen läßt, so kann von dem Entstehen einer Eigentümergrundschuld keine Rede sein. Denn die Höchstbetragshypothek sichert alle Forderungen, die aus dem betreffenden Rechtsverhältnis entspringen. Sind noch Forderungen in Höhe des Höchstbetrages vorhanden, so ist für eine Eigentümergrundschuld kein Raum; der Gläubiger würde sonst seine hypothekarische Sicherheit verlieren. Eine Eigentümergrundschuld könnte in diesem Falle nur entstehen, wenn die Anrechnung der Zahlung auf den Höchstbetrag vereinbart würde[11]). Wird durch eine Zahlung die Summe der Forderungen unter den Höchstbetrag herabgedrückt, so findet § 1163 Abs. 1 Satz 2 Anwendung, aber auch nicht uneingeschränkt, da immer noch wieder Forderungen entstehen können, die die Höchstbetragshypothek sichert. Vielmehr erwirbt in diesem Falle der Eigentümer, und zwar derjenige zur Zeit des Erlöschens der Forderung, ebenso wie im Falle des § 1163 Abs. 1 Satz 1 eine gesetzlich auflösend bedingte Eigentümergrundschuld. Tritt die Bedingung, das Entstehen weiterer Forderungen ein, so verwandelt sich die Eigentümergrundschuld von selbst wieder in eine Gläubigerhypothek [12]). Durch die Annahme dieser auflösend bedingten Eigentümergrundschuld ist der Gläubiger in jeder Beziehung hinreichend geschützt. Es gilt von ihr dasselbe, was wir oben von der Eigentümergrundschuld im Falle des § 1163 Abs. 1 Satz 1 gesagt haben.

In Höhe des Höchstbetrages sichert die Höchstbetragshypothek jeden Teil der Forderung; sie haftet nicht etwa für jeden Teil nur im Verhältnis des Höchstbetrages zu der ganzen Forderung. Die Folge würde sonst sein, daß der Eigentümer, der einen Teil der Forderung tilgt, einen verhältnismäßigen Teil der Hypothek als Eigentümergrundschuld erhielte. Ist eine Hypothek bis zum

[11]) Vgl. RGRäte Komm. § 1190 Bem. 1; Kretzschmar, in ZBFG. 15, 40; RG. 56, 323.

[12]) Grundsätzlich ebenso RGRäte Komm. § 1190 Bem. 1; Planck, § 1190 Bem. 6b; Müller-Meikel, I § 279 S. 920; Turnau-Förster, § 1190 Anm. 10; Lazarus, a. a. O. 57; Oertel, Diss. 74 ff.; Werner, Diss. 51 ff.

Höchstbetrage von 10 000 eingetragen, besteht eine Forderung in Höhe von 15 000 und zahlt hierauf der zugleich persönlich haftende Eigentümer 3 000, so erhält er nicht etwa eine Eigentümergrundschuld nach folgender Berechnung: X : 3 000 = 10 000 : 15 000, also in Höhe von 2 000, sondern die Zahlung berührt die Hypothek überhaupt nicht[13]. Das Entstehen einer Eigentümergrundschuld gemäß § 1163 Abs. 1 Satz 2 setzt stets voraus, daß die Summe der Forderungen unter den Höchstbetrag herabsinkt. Würde also in dem angegebenen Beispiel der Eigentümer nicht 3 000 sondern 6 000 bezahlt haben, so hätte er eine auflösend bedingte Eigentümergrundschuld von 1 000 erworben.

In derselben Weise wie § 1163 Abs. 1 Satz 2 findet auch § 1164 auf die Höchstbetragshypothek Anwendung. Der vom Eigentümer verschiedene persönliche Schuldner erwirbt also, wenn er den Gläubiger befriedigt, eine Ersatzhypothek nur unter der Bedingung, daß nicht aus dem gesicherten Rechtsverhältnis noch weitere Forderungen entstehen[14]. Wer die Anwendbarkeit des § 1163 Abs. 1 Satz 2 vor der Feststellung verneint, muß naturgemäß zu demselben Ergebnis bezüglich des § 1164 kommen. Nach dieser Ansicht würde eine Zahlung des persönlichen Schuldners höchstens bewirken, daß die Hypothek gemäß § 1163 Abs. 1 Satz 1 dem Besteller zufällt[15]. Auf die Unbilligkeit dieser Folgerung braucht wohl kaum noch hingewiesen zu werden.

Wenn wir den Fall des Verzichts betrachten, so ist zu unterscheiden zwischen dem Verzicht auf die Forderung und dem Verzicht auf die Hypothek. Verzichtet der Gläubiger auf einen Teil der Forderung, so ist dies ein Grund des Erlöschens und die für § 1163 Abs. 1 Satz 2 aufgestellten Regeln finden Anwendung. Verzichtet dagegen der Gläubiger für einen Teil der Forderung auf die Hypothek, so ist selbstverständlich, daß nach Feststellung gemäß § 1168 eine Eigentümergrundschuld entsteht. Für die Zeit vor Feststellung wird einem Verzicht vielfach dieselbe Wirkung beigelegt wie einem Erlöschen der Forderung (§ 1163 Abs. 1 Satz 2)[16]. Es soll eine Eigentümergrundschuld nur unter der Voraussetzung entstehen, daß die Restforderung hinter dem Höchstbetrage zurückbleibt. Diese Ansicht berücksichtigt jedoch nicht genügend das besondere Wesen des Verzichts. Wenn der Gläubiger auf die Hypothek zum Teil verzichtet, so bringt er damit seine Meinung zum Ausdruck, daß ihm auch der Rest der Hypothek noch genügende Sicherheit bietet. Sind z. B. noch nicht in Höhe

[13]) Vgl. Planck, § 1190 Bem. 6b.

[14]) So auch Planck, § 1190 Bem. 6b; Müller-Meikel, I § 279 S. 920; RGRäte Komm. § 1190 Bem. 1; Turnau-Förster § 1190 Anm. 10; Lazarus, a. a. O. 57; vgl. auch Protokolle III, 691.

[15]) So z. B. Beck, a. a. O. 53; Goldmann-Lilienthal, II § 81 II; Güthe-Triebel, § 22 Anm. 21.

[16]) So z. B. Planck, § 1190 Bem. 6c; Oberneck RGBR. II § 158 Nr. 7; Werner, a. a. O. 52.

der Hälfte des Höchstbetrages Forderungen vorhanden, und verzichtet der Gläubiger auf die Hälfte der Hypothek, so ist anzunehmen, daß er die weitere Entstehung von Forderungen für ausgeschlossen hält oder daß er, falls doch noch Forderungen entstehen sollten, auf ihre Sicherung durch die Hypothek verzichtet. Denn wenn der Gläubiger nicht diese Auffassung hätte, würde er eben nicht verzichten. Es erscheint deshalb unbedenklich, § 1168 uneingeschränkt auf die Höchstbetragshypothek anzuwenden. Verzichtet der Gläubiger für einen Teil der Forderung auf die Hypothek, so erwirbt insoweit der Eigentümer zur Zeit des Verzichts eine unbedingte Eigentümergrundschuld [17]).

Wörtlich genommen kann dies allerdings nur dann gelten, wenn der Teil der Hypothek, auf den der Gläubiger verzichtet, bereits durch eine Forderung gedeckt war. Denn anderfalls kann nicht der Eigentümer erst eine Eigentümergrundschuld erwerben, da mangels Bestehens einer Forderung schon vorher eine auflösend bedingte Eigentümergrundschuld vorhanden war. In diesem Falle wirkt der Verzicht des Gläubigers vielmehr derart, daß die auflösende Bedingung, die der Eigentümergrundschuld anhaftete, in Höhe des Verzichts wegfällt [18]).

Ebenso wie der Verzicht des Gläubigers ist der Ausschluß des unbekannten Gläubigers im Wege des Aufgebotsverfahrens nach § 1170 zu behandeln. Auch hier erwirbt der Eigentümer zur Zeit des Ausschlusses die Hypothek, und zwar erlangt er eine unbedingte Eigentümergrundschuld [19]).

§ 13. Der Fall des § 1143.

Bei der Aufzählung der Fälle des Eigentümerpfandrechts ist oben [1]) der Fall des § 1163 Abs. 2 erwähnt. Dieser kann naturgemäß nur bei Briefhypotheken in Frage kommen. Da die Höchstbetragshypothek als Sicherungshypothek stets Buchhypothek ist (§ 1185 Abs. 1), so kann § 1163 Abs. 2 in diesem Zusammenhang außer Betracht bleiben. Die oben angedeuteten, aus der Natur der Gesamthypothek folgenden Besonderheiten sind unverändert auch auf die Höchstbetragshypothek anwendbar. Von den Fällen des BGB. braucht hier näher nur noch auf den des § 1143 eingegangen zu werden.

Im Anschluß an die Protokolle [2]) unterscheidet die Mehrzahl der Schriftsteller bei der Höchstbetragshypothek zwischen den §§ 1163 Abs. 1 Satz 2, 1164, 1168 einerseits und den §§ 1181, 1143, 1150

[17]) So auch Biermann, § 1190 Bem. 4b ζ; Güthe-Triebel, § 22 Anm. 17; Schröder, i. ZBFG. 7, 474; Beck, a. a. O. S. 64, 79.

[18]) Vgl. RG. 97, 228.

[19]) Ebenso Biermann, § 1190 4b ζ.

[1]) § 2 A Nr. 5, Seite 7.

[2]) III, 691.

andererseits[*]). Während in den erstgenannten Fällen dem Gläubiger die Hypothek nur vorläufig entzogen wird, soll sie ihm in den letzeren Fällen endgültig entzogen werden. Abgesehen davon, daß m. E. auch der Verzicht des Gläubigers diesem die Hypothek endgültig nimmt, erscheint mir eine derartige Unterscheidung auch begründet. Es handelt sich um ganz verschiedenartige Fälle. Befriedigt der persönliche Schuldner den Gläubiger (§ 1163 Abs. 1 Satz 2, § 1164), so erlischt naturgemäß die Forderung; mit ihr aber nicht das Grundpfandrecht. Dieses fällt vielmehr nach § 1163 Abs. 1 Satz 2 dem persönlich haftenden Eigentümer als Grundschuld, nach § 1164 dem persönlichen Schuldner als Hypothek zur Sicherung der ihm gegen den Eigentümer zustehenden Ersatzforderung zu. Während die Forderung untergeht, wird das Grundpfandrecht aufrecht erhalten; es tritt gewissermaßen eine Trennung von Forderung und Grundpfandrecht ein. Anders nach den §§ 1181, 1143, 1150. Hier bleiben Forderung und Grundpfandrecht miteinander verbunden. Entweder gehen beide unter (§ 1181) oder beide gehen auf den Befriedigenden über (§§ 1143, 1150).

In folgerichtiger Durchführung des Gedankens, daß auch ohne Forderung das Grundpfandrecht fortbesteht, ist in den §§ 1163 Abs. 1 Satz 2, 1164 bestimmt, daß die Hypothek nach Erlöschen der Forderung einem anderen Berechtigten zufällt. Bei der Höchstbetragshypothek besteht immer noch die Möglichkeit, daß dem Gläubiger wieder Forderungen erwachsen, die durch die Hypothek bestimmungsgemäß gesichert werden sollen. Würde man bereits jetzt die Hypothek endgültig einem anderen Berechtigten zusprechen, so würde man dem Gläubiger die hypothekarische Sicherheit für die später entstehenden Forderungen entziehen und damit den Zweck der Höchstbetragshypothek vereiteln. Da noch nicht endgültig feststeht, daß die Hypothek forderungslos ist, kann sie auch noch nicht endgültig einem anderen Berechtigten zufallen. Aus diesem Gesichtspunkt heraus rechtfertigt es sich, bei der Höchstbetragshypothek in den Fällen der §§ 1163 Abs. 1 Satz 2, 1164 nur einen bedingten Erwerb durch den Eigentümer bezw. persönlichen Schuldner anzunehmen. Demgegenüber handelt es sich in den §§ 1143, 1150 um einen gesetzlichen Uebergang der Forderung. Mit der Forderung geht kraft Gesetzes auch die Hypothek über (§§ 412, 401). Der Gedanke, daß später wieder Forderungen entstehen können, kann hier nicht zur Geltung kommen, da die bisher bestehende Forderung garnicht erloschen ist. Der Fall liegt ebenso, wie wenn der Gläubiger die Forderung mit der Hypothek abgetreten hätte. Der einzige Unterschied besteht darin, daß der Uebergang nicht kraft Rechtsgeschäfts, sondern kraft Gesetzes vor sich geht. Eine verschiedene Behandlung rechtfertigt dieser Unterschied

[*]) So z. B. Planck, § 1190 Bem. 6e; Staudinger, § 1190 Bem. 5a α; RGRäte Komm. § 1190 Bem. 1; Oberneck, RGBR. II § 158 Nr. 7; Turnau-Förster, § 1190 Anm. 10; Lazarus, a. a. O. 57; Beck, a. a. O. 62 f.

nicht. Da im Falle der Abtretung der Forderung mit der Hypothek der Höchstbetrag sich mindert, und zwar endgültig, so muß dasselbe auch für den gesetzlichen Uebergang der Forderung mit der Hypothek gemäß §§ 1143, 1150, 401, 412 gelten.

Auch aus Billigkeitserwägungen erscheint die Unterscheidung zwischen §§ 1163 Abs. 1 Satz 2, 1164 einerseits und §§ 1181, 1143, 1150 andererseits begründet. Wenn der persönliche Schuldner den Gläubiger befriedigt, so kommt er damit einer Verpflichtung nach. Seine Absicht ist in erster Linie auf Erfüllung einer Verbindlichkeit, nicht auf Erwerb einer Hypothek gerichtet. Anders in den §§ 1143, 1150. Der vom persönlichen Schuldner verschiedene Eigentümer pflegt den Gläubiger deshalb zu befriedigen, weil er sein Grundstück vor der Zwangsversteigerung bewahren will. Von der Erfüllung einer Verbindlichkeit gegenüber dem Gläubiger kann hier keine Rede sein; die Absicht des zahlenden Eigentümers geht vielmehr regelmäßig auf Erwerb der Hypothek.

Schließlich ist es auch nicht gerechtfertigt, eine Unterscheidung zwischen § 1181 und §§ 1143, 1150 zu machen. Daß die Hypothek erlischt, wenn der Gläubiger aus dem Grundstück, d. h. durch Zwangsvollstreckung, befriedigt wird, ergibt deutlich § 1181. Dies wird auch dadurch bestätigt, daß der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstück naturgemäß nur einmal verlangen kann. In diesem Falle geht also die Hypothek in Höhe der Befriedigung dem Gläubiger endgültig verloren. Soll dieses Ergebnis nun dadurch geändert werden, daß der Eigentümer oder ein Ablösungsberechtigter zur Abwendung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück den Gläubiger befriedigt? Ein Grund für eine solche Aenderung dürfte sich wohl kaum finden lassen.

Fuchs[4]) wendet gegen die hier behandelte Unterscheidung ein, sie entbehre der gesetzlichen Begründung. Daß das Gesetz sie nicht anordnet, ist richtig; sonst bedürfte es keiner weiteren Ausführung. Es handelt sich jedoch hier darum, festzustellen, inwieweit sich aus der Sondernatur der Höchstbetragshypothek Besonderheiten für die Anwendung der gesetzlichen Vorschriften ergeben. In der zweiten Kommission wurde eine gesetzliche Regelung beantragt. Die Mehrheit lehnte dies aber ab mit dem Hinweis, daß man es der Wissenschaft und der Rechtsprechung überlassen könne, die sich aus dem Sondercharakter der Höchstbetragshypothek ergebenden Folgerungen zu ziehen, zumal diese Fragen praktisch nicht gerade häufig zur Entscheidung kommen würden[5]). Eine von diesen Folgerungen ist die in Frage stehende Unterscheidung. Wenn gegen sie vorgebracht wird, sie sei unbegründet[6]) oder inkonsequent[7]), so kann ich mir diese Vorwürfe nur dadurch erklären, daß die betreffenden Schriftsteller sich die gänzliche Ver-

[4]) I § 1190 Bem. 13.

[5]) Protokolle III, 692.

[6]) Goldmann-Lilienthal II § 81 Anm. 55; Sternberg a. a. O. 438.

[7]) So Horn a. a. O. 92.

schiedenheit der §§ 1163 Abs. 1 Satz 2, 1164 einerseits und der §§ 1181, 1143, 1150 andererseits nicht genügend klar gemacht haben.

Als Ergebnis können wir feststellen, daß im Gegensatz zu den §§ 1163 Abs. 1 Satz 2, 1164 nach denen nur ein bedingter Erwerb eines Grundpfandrechts stattfindet, nach den §§ 1181, 1143, 1150 die Hypothek dem Gläubiger endgültig entzogen wird. Nach § 1181 erlischt sie, nach § 1143 erwirbt sie mitsamt der Forderung der nicht persönlich haftende Eigentümer, nach § 1150 der Ablösungsberechtigte.

Dem Falle des § 1143 ist der des § 1171 gleichzusetzen. Entsprechendes gilt auch für die Fälle des § 426 Abs. 2 und des § 774.

Schließlich sei noch auf einige abweichende Meinungen hingewiesen. In folgerichtiger Durchführung der Theorie der ursprünglichen Gläubigerhypothek und des Gedankens, daß nur die festgesetzte Schlußforderung durch die Höchstbetragshypothek gesichert ist, lehnen einige Schriftsteller die Anwendbarkeit sowohl der §§ 1163 Abs. 1 Satz 2, 1164 wie der §§ 1143, 1150 vor Feststellung ab [8]. Demnach sollen alle Zahlungen, die vor Feststellung geleistet werden, einerlei, ob vom Schuldner, vom Eigentümer oder einem Dritten, dem Besteller der Hypothek zugute kommen; denn sie vermindern die Forderung und bewirken angeblich, daß die Forderung gemäß § 1163 Abs. 1 Satz 1 nicht zur Entstehung gelangt ist. Dieses Ergebnis ist gänzlich unmöglich und damit erledigt sich diese Ansicht.

Biermann [9], der grundsätzlich auf demselben Standpunkt steht wie die eben genannten Schriftsteller, sieht die Ungerechtigkeit dieses Ergebnisses ein und sucht sie mit folgenden Worten zu beseitigen: „Deshalb wird man annehmen müssen, daß mit Feststellung der vom Gläubiger nicht in Anspruch genommene Teil mit rückwirkender Kraft nicht an den Besteller, sondern an die genannten Berechtigten in Höhe ihrer Zahlungen fällt". Darauf, daß derartige willkürliche Fiktionen nicht zulässig sind, habe ich oben schon hingewiesen.

Fuchs [10]) und Horn [11]) verwerfen die Unterscheidung zwischen den §§ 1163 Abs. 1 Satz 2, 1164 und den §§ 1181, 1143, 1150 und entscheiden alle Fragen von dem Gesichtspunkt aus, daß zu unterscheiden ist zwischen Höchstbetragshypotheken für das Schlußguthaben und solchen für Einzelforderungen. "
tragshypothek für das Schlußguthaben wenden sie keine der Bestimmungen an, bei der Höchstbetragshypothek für Einzelforderungen alle. Auch diese Ansicht führt ebenso wie die oben bekämpfte zu unbrauchbaren Ergebnissen.

---

[8]) So Goldmann-Lilienthal II § 81 II, 1; Sternberg a. a. O. 436; Güthe-Triebel § 22 Anm. 14, 20, 21, 22.

[9]) § 1190 Bem. 4b.

[10]) § 1190 Anm. 12, 13.

[11]) a. a. O. S. 92 f.

§ 14. Besondere Fälle.

Zum Schluß soll noch kurz darauf hingewiesen werden, daß wir auch außerhalb des BGB. noch einen Fall eines Eigentümerpfandrechts bei einer Höchstbetragshypothek haben. § 932 ZPO. bestimmt, daß die Vollziehung des Arrestes in ein Grundstück oder eine gleichstehende Berechtigung durch Eintragung einer Sicherungshypothek für die Forderung erfolgt, und zwar wird der nach § 923 als Lösungssumme festgesetzte Geldbetrag als Höchstbetrag bezeichnet. Es handelt sich also um eine Hypothek, die kraft Gesetzes Höchstbetragshypothek ist. Gemäß § 932 Abs. 2 findet auf sie § 868 Anwendung; sie wird demnach zur Eigentümergrundschuld, wenn der Arrestbefehl aufgehoben wird.

Aus der Sonderregelung, die die Höchstbetragshypothek im BGB. erfahren hat, ergibt sich noch ein weiterer Fall des Eigentümerpfandrechts. Gemäß § 1190 Abs. 4 kann die Forderung nach den allgemeinen forderungsrechtlichen Vorschriften übertragen werden. Findet die Uebertragung nach diesen Vorschriften statt, „so ist der Uebergang der Hypothek ausgeschlossen". Hierin liegen zwei Ausnahmen gegenüber der gewöhnlichen Hypothek. Einmal braucht die Forderung entgegen dem § 1154 Abs. 3 nicht in der Form der Einigung und Eintragung abgetreten zu werden; ferner liegt eine Durchbrechung des Grundsatzes vor, daß die Forderung nicht ohne die Hypothek übertragen werden kann (§ 1153 Abs. 2). Mit der Einstellung des Absatz 4 in den § 1190 ist natürlich nicht gesagt, daß eine Uebertragung der Forderung nur nach Zessionsrecht möglich ist. Es ist vielmehr den Parteien überlassen, ob sie die Forderung nach § 1154 Abs. 3 mit der Hypothek abtreten wollen oder nach den §§ 1190 Abs. 4, 398 ohne die Hypothek [1]).

Streitig ist, ob § 1190 Abs. 4 sowohl vor wie nach der Feststellung der Forderung angewendet werden kann. Von der hier vertretenen Auffassung aus, nach der die Höchstbetragshypothek sich mit der Feststellung in eine gewöhnliche Sicherungshypothek verwandelt, ist eine Anwendung des § 1190 Abs. 4 nach Feststellung naturgemäß nicht mehr möglich, da es sich um eine Sondervorschrift für die Höchstbetragshypothek handelt [2]). Erblickt man dagegen in der Feststellung nur einen schuldrechtlichen Vorgang, wie die Abrechnung oder die Beendigung des gesicherten Rechtsverhältnisses, so ist nicht einzusehen, warum der § 1190 Abs. 4 nach Feststellung nicht mehr Platz greifen soll [3]).

Bestritten ist auch, was als „Forderung" im Sinne von § 1190 Abs. 4 anzusehen ist, ob nur Einzelforderungen [4]), oder nur die

---

[1]) Vgl. das „kann" in § 1190 Abs. 4.

[2]) Anders der Entwurf II, der in § 1094 eine entsprechende Vorschrift für alle Sicherungshypotheken enthielt.

[3]) Ebenso Fuchs § 1190 Bem. 19; Goldmann-Lilienthal II, § 81, Anm. 67; Turnau-Förster § 1190 Bem. I, 9; a. M. z. B. Oberneck RGBR. II § 158 Nr. 9; Hachenburg, Vortr. 60.

[4]) So Hachenburg a. a. O.; Biermann § 1190 Bem. 5c; Oberneck a. a. O.

„Totalforderung“ [5]) oder beide [6]). Da die Vorschrift allgemein gehalten ist, dürfte sie wohl beide Fälle in sich begreifen. Näher auf diese Frage einzugehen, erscheint in diesem Zusammenhang nicht angebracht, da es uns nur um die Anwendung des Eigentümerpfandrechts zu tun ist.

Das Gesetz sagt, „der Uebergang der Hypothek ist ausgeschlossen“. Was aber mit der Hypothek geschehen, welchem Berechtigten sie zustehen soll, darüber verlautet nichts. Daraus, daß der Uebergang der Hypothek ausgeschlossen ist, hat man gefolgert, die Hypothek müsse bei dem bisherigen Gläubiger bleiben [7]). Vom Standpunkt der Theorie der ursprünglichen Gläubigerhypothek aus läßt sich dies auch rechtfertigen. Nicht zu billigen ist jene Annahme aber, wenn man, wie hier, die Theorie der ursprünglichen Eigentümergrundschuld vertritt. Von diesem Standpunkt aus ist sicher, daß die Hypothek mangels einer gesicherten Forderung nicht bei dem Gläubiger bleiben kann, sondern auf den Eigentümer übergehen muß; denn, wie oben dargelegt, ist eine forderungslose Gläubigerhypothek theoretisch unhaltbar und praktisch sinnlos. Zweifelhaft ist jedoch, nach welcher gesetzlichen Bestimmung sich der Uebergang vollzieht. Zwei Fälle sind hier zu unterscheiden:

1. Durch Abtretung sind alle vorhandenen Forderungen auf einen Dritten übertragen, und es besteht nicht mehr die Möglichkeit, daß weitere Forderungen für den bisherigen Gläubiger entstehen. Daß in diesem Falle eine endgültige Eigentümergrundschuld in voller Höhe des Höchstbetrages entsteht, darüber herrscht nahezu Einstimmigkeit. Jedoch ist die Art der Begründung sehr verschieden. Einige meinen, eine derartige Abtretung wirke wie ein Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek (§ 1168) [8]). Diese Analogie zu dem Verzicht hat den Nachteil, daß es sich hier um einen stillschweigenden Verzicht handeln müßte, während das Gesetz für die Verzichtserklärung in § 1168 Abs. 2 besonders strenge Formvorschriften gibt. Andere ziehen § 1169 heran. So wendet Rathenau [9]) diese Bestimmung unmittelbar an, indem er im Falle des § 1190 Abs. 4 dem Eigentümer eine peremptorische Einrede zuspricht. Meisner [10]) will § 1169 nur entsprechend zur Anwendung bringen. Beide Auffassungen scheinen mir praktisch unbrauchbar zu sein; denn § 1169 verpflichtet den Gläubiger nur, auf die Hypothek zu verzichten. Der Eigentümer hat also nur einen Anspruch darauf, daß der Gläubiger verzichtet. In der Zwischenzeit,

[5]) So Rathenau in Arch. Bürg. R. 17, 197.

[6]) So Planck § 1190 Bem. 5a; Meisner § 1190 Bem. 2; Oertel Diss. S. 143; Turnau-Förster § 1190 Bem. I, 9; KGJ. 32 A 271.

[7]) So z. B. Biermann § 1190 Bem. 5c; Hachenburg a. a. O.; Oberneck a. a. O.

[8]) So Planck § 1190 Bem. 5a; Turnau-Förster § 1190 Bem. I, 9; Fuchs § 1190 Bem. 19.

[9]) a. a. O. S. 209 f.

[10]) § 1190 Bem. 2.

bis er den Anspruch zur Geltung gebracht hat, würde eine forderungslose Gläubigerhypothek vorliegen. Da dies unmöglich ist, muß die Hypothek mit der Abtretung der Forderung auf den Eigentümer übergehen. Dieses Ergebnis läßt sich erreichen, wenn man § 1163 Abs. 1 Satz 2 anwendet. Eine unmittelbare Anwendung ist allerdings nicht möglich, denn „erloschen" ist die Forderung nicht; es kann nur eine entsprechende Anwendung in Frage kommen [11]). Die Rechtslage ist hier eine ganz entsprechende. Im Verhältnis zur Hypothek ist die Forderung weggefallen; aus welchem Grunde, ist hierbei gleichgültig, ob infolge Erlöschens oder infolge Abtretung. In beiden Fällen hat sich die Forderung mit der Wirkung von der Hypothek getrennt, daß deren Haftung für sie erlischt. Im Wege der entsprechenden Anwendung des § 1163 Abs. 1 Satz 2 ist also das Ziel, Entstehung einer Eigentümergrundschuld kraft Gesetzes im Augenblick der Forderungsübertragung, in zweckdienlicher und einfacher Weise zu erreichen.

2. Der Gläubiger tritt nur eine Einzelforderung ab, und die Möglichkeit der Entstehung weiterer Forderungen besteht fort. Auch hier ist § 1163 Abs. 1 Satz 2 entsprechend anzuwenden [12]). Aus der Natur der Höchstbetragshypothek ergibt sich jedoch, daß in diesem Falle keine endgültige Eigentümergrundschuld entstehen kann, sondern nur eine auflösend bedingte, wie oben ausgeführt. Man könnte vielleicht einwenden, es sei inkonsequent, in dem unter 1. dargestellten Fall eine endgültige Eigentümergrundschuld anzunehmen, hier dagegen nur eine auflösend bedingte; denn sonst sei in dieser Arbeit die Ansicht vertreten worden, daß erst mit der Feststellung eine endgültige Eigentümergrundschuld entstehen könne. Ein solcher Einwand würde an Worten haften bleiben, ohne das Wesen der Dinge zu berücksichtigen. Richtig ist, daß ich oben gesagt habe, erst mit der Feststellung werde die Eigentümergrundschuld zu einer endgültigen. Wenn man aber nach dem Grund für diesen Satz sucht, so wird man ihn darin finden, daß erst mit der Feststellung sich entschieden hat, daß weitere, unter die Hypothek fallende Forderungen nicht mehr entstehen können. Dieselbe Rechtslage ist in dem unter 1. angeführten Fall gegeben, ohne daß eine Feststellung stattgefunden hätte. Insofern handelt es sich um eine Ausnahme, die aber wegen ihrer geringen praktischen Bedeutung oben bei Aufstellung des Grundsatzes unberücksichtigt bleiben konnte. Man könnte natürlich auch in dem Falle zu 1. darauf bestehen, zunächst eine Feststellung vorzunehmen, durch die dann erst die Eigentümergrundschuld zu einer endgültigen würde. Damit würde man allerdings den Grundsatz auch in diesem Ausnahmefall aufrechterhalten, in der Praxis aber nur überflüssige Arbeit verursachen.

[11]) So auch RG. in Recht 1912 Nr. 66; Degenhardt Diss. S. 86; Werner Diss. S. 60.

[12]) Ebenso Degenhardt a. a. O.; vgl. auch Wolff § 153 IV, 2 und Anm. 14.

Lebenslauf.

Am 20. Oktober 1904 wurde ich in Hanau als Sohn des Landgerichtsrats Adolf Schmidt und seiner Frau Sophie geb. Pfeiffer geboren. Ich bin evangelischer Konfession. Nachdem ich von 1911 bis 1914 eine Privatschule in Kassel besucht hatte, kam ich dort auf das Friedrichsgymnasium, das ich bis zu meiner Reifeprüfung im Jahre 1923 besuchte. Von Ostern 1923 bis Herbst 1926 studierte ich in Freiburg, Berlin, München und Marburg Rechts- und Staatswissenschaften. Am 19. Januar 1927 bestand ich die erste juristische Prüfung bei dem Oberlandesgericht in Kassel. Zu der akademischen Doktorprüfung meldete ich mich bei der juristischen Fakultät der Philipps-Universität in Marburg am 9. Mai 1927. Das Rigorosum fand am 31. Mai 1927 statt.